

FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O sistema de cotas raciais no Brasil: uma concretização do
princípio da dignidade da pessoa humana?**

Dissertação apresentada como
exigência para a obtenção do
grau de Mestre em Direito
Constitucional, sob a orientação
da Professora Doutora Susana
Antas Videira.

Rejane Borges Aguiar de Oliveira Lima

Ano letivo 2015/2016

Lisboa-Portugal

Junho - 2019

Assim, em tudo, façam aos outros o que
você quer que eles lhes façam;
pois esta é a Lei e os Profetas".
Mateus 7.12

NOTA DE AGRADECIMENTO

De entre muitos sonhos imaginados, cursar um mestrado fora do Brasil, em uma conceituada e respeitada Instituição como a Universidade Clássica de Lisboa, era algo tão pouco provável e distante que eu poderia classificá-lo na categoria dos sonhos impossíveis.

Diferentemente do que muitos possam vir a pensar pelo fato de ter cursado um mestrado no exterior, não possuo origem de elite econômica, nem muito menos cultural. Ao contrário! Minha história de origem é marcada pelo exemplo de esforço próprio de pessoas que não tiveram a oportunidade sequer de concluírem o ensino fundamental, mas que, por acreditarem que a educação, aliada ao esforço, poderia proporcionar meios de se alcançar condições de vida compatíveis com a dignidade intrínseca de um ser humano, proporcionaram-me a satisfação de ser a primeira da família a fazer uma faculdade.

Se para muitos cursar uma faculdade é um acontecimento natural e comum no curso da vida, para mim, quiçá pelas grandes dificuldades que me veem à memória, tem um grande significado. O que direi então de um mestrado?! É algo que representa ainda muito mais, sobretudo pelos desafios ainda maiores de uma experiência no estrangeiro.

Assim, embora correndo o risco de olvidar pessoas relevantes nesse processo, externo minha gratidão, primeiramente, a DEUS, por alargar minhas fronteiras, “levando-me para uma rocha que é alta demais para mim”¹ e me dar muito mais do que tudo aquilo que pedi e pensei algum dia na vida.

A meu marido, Edilberto, pelo amor incondicional, o apoio irrestrito que nos leva a caminhar juntos em toda e qualquer situação, e ainda porque sem ele, o sonhado curso de mestrado em Lisboa não faria parte do catálogo das fantásticas experiências de minha vida.

Às nossas filhas, Bianca e Ana Beatriz, pelo amor e a compreensão das horas que delas tirei para me dedicar ao curso.

¹ Salmo 61:2.

Aos meu pais que, como bons arqueiros, conduziram sua flecha ao centro do alvo e me proporcionaram a satisfação de ser a primeira da família a cursar uma faculdade.

À minha caríssima orientadora, Professora Doutora Susana Antas Videira, pela solicitude e presteza como respostas em todas as vezes que busquei suas preciosas orientações.

E, ainda, minha gratidão aos professores e colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, os quais, de forma comprometida e dedicada, honram o compromisso de oferecerem um ensino da mais alta qualidade, contribuindo para que a Universidade tenha o conceito que hoje a destaca no cenário internacional.

RESUMO

A figura do Estado, embora recente na história da sociedade, tem evoluído a partir de diversas influências no campo do pensamento do homem. Para além das diversas circunstâncias que o cercam ou mesmo em decorrência de todas estas variáveis, o Estado moderno tem sido fortemente influenciado por aquele que tem sido o grande diferencial da sociedade contemporânea: o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A partir deste princípio, sobretudo nos séculos XIX e XX, o Estado tem redirecionado seu propósito, reconhecendo o valor da pessoa humana e agindo em função do próprio indivíduo. Com este fim, o Estado tem adotado medidas e políticas visando proporcionar uma existência digna a cada indivíduo, afastando ou mesmo suprimindo as diferenças sociais, a fim de que cada um possa desfrutar de iguais oportunidades.

Em meio a tantas políticas, alguns países tem adotado medidas chamadas afirmativas, dentre elas o “sistema de cotas raciais”, a fim de oferecer ao indivíduo acesso diferenciado às vagas em universidades (graduação e pós graduação) ou mesmo a cargos públicos, justificando-se, em geral, que a adoção das medidas contemplam o princípio da igualdade.

Ainda assim, e por estas medidas estarem fundadas e serem realizadas a partir de critérios ou atributos pessoais, intrínsecos e imutáveis, já que estabelecidas com base na cor da pele, revela-se imperioso o confronto destas políticas com a atual concepção da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o indivíduo não pode ser tratado, tampouco discriminado, a partir de elementos, características ou atributos pessoais que independem de sua vontade, como a “raça”, a etnia, a cor da pele, o sexo ou a orientação sexual.

Toda esta investigação no campo dos critérios utilizados na política de cotas raciais, sobretudo na realidade brasileira, envolvendo seus diversos argumentos de sustentação, tem como propósito precípuo discernir aquilo que é mais essencial ao indivíduo: a concretização da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Sistema de cotas raciais. Realidade brasileira. Concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The figure of the State, although recent in the history of society, has evolved from various influences dealing with human thought. Apart of them various circumstances surrounding it or even as a result of all these variables, the modern State has been strongly influenced by what has been the great differential of contemporary society: the recognition of the dignity of the human person.

From this principle, especially in the nineteenth and twentieth centuries, the State has redirected its purpose, recognizing the value of the human person and acting in function of the individual himself. To this end, the State has adopted measures and policies aimed at providing a dignified existence for each individual, removing or even supplying social differences, so that each one can enjoy equal opportunities.

Amidst so many policies, some nations have adopted affirmative actions, among them the racial quota system, in order to offer the individual different access to vacancies in universities (undergraduate and postgraduate) or even to public positions, justifying, in general, that adoption measures take account of the principle of equality.

Still, and because these measures are founded and are based on personal, intrinsic and immutable features or attributes, since established based on the color of the skin, it is imperative to confront these policies with the current conception of the dignity of the human person, according to which the individual can not be treated, nor discriminated, from elements of race, sex, color, ethnicity, etc.

All this investigation dealing with the criteria used in the policy of racial quotas, especially in the Brazilian reality, involving its various arguments of support, has as its primary purpose to discern what is most essential to the individual: the realization of the dignity of the human person.

Keywords: System of racial quotas. Brazilian reality. Implementation of the principle of the dignity of the human person

SUMÁRIO

Introdução.....	09
------------------------	-----------

PARTE I

ESTADO E POLÍTICA DE COTAS: ASPECTOS HISTÓRICOS.

CAPÍTULO 01: EVOLUÇÃO DO ESTADO NA PERSPECTIVA DE SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO

1. O “Estado” e sua relação com o indivíduo na Idade Antiga.....	20
2. O “Estado” e sua relação com o indivíduo na Idade Média.....	23
3. O Estado e sua relação com o indivíduo na Idade Moderna.....	25
4. O Estado de Direito Liberal e sua relação com o indivíduo.....	29
5. O Estado Social e Democrático de Direito e sua relação com o indivíduo.....	39

CAPÍTULO 02: AÇÕES AFIRMATIVAS.

1. Ações Afirmativas nos Estados Unidos da América: breves apontamentos quanto à sua concepção.....	49
2. “Discriminação Positiva” na Índia: o berço dos programas para os “menos afortunados”	67
3. História das Ações Afirmativas raciais no Brasil.....	86

PARTE II

AS AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS NA PERSPECTIVA DA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CAPÍTULO 01: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. Breves anotações históricas da dignidade da pessoa humana.....	111
2. Dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito Democrático e a necessidade de delimitação do conteúdo normativo.....	116

CAPÍTULO 02: CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A “RAÇA” COMO CRITÉRIO.

1. O sentido de justiça que fundamenta o sistema de cotas raciais e o descompasso com o sentido de justiça que alicerça a dignidade da pessoa humana.....	123
2. Ações afirmativas baseadas na “raça” concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana?.....	133
3. Desigualdade social brasileira como fenômeno que extrapola os limites das “raças”: necessidade de análise dos diversos contextos sociais na aplicação das ações afirmativas.....	145

CONCLUSÃO.....	150
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154
--	------------

INTRODUÇÃO

A concretização dos valores constitucionais, ainda que estes, *in tese*, sejam aceitos pela generalidade das pessoas, por vezes desafia a compreensão dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, sobretudo em sua vertente social, mais concreta.

Por certo, e até porque dele deriva uma série de outros princípios e condutas que precisam ser materializados como forma de atender as bases e realizar o Estado Social, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos maiores desafios nesta seara, especialmente porque seu alcance e projeção, em variadas situações, pode ser sufocado por medidas que estremecem sua compreensão.

Nesta complexa conjuntura jurídico-política, com reflexos na vida social e econômica da nação, é sabido que o Estado deve adotar políticas públicas para garantir que o indivíduo, a despeito de suas diferenças nos mais diversos aspectos, até mesmo incapacitantes, exerça plena e eficazmente todos os seus direitos e liberdades fundamentais sem discriminação alguma e em plena igualdade perante a lei².

Para tanto, é inevitável a necessidade de se ter algum grau de integração, a qual deve ser desenvolvida com base na igualdade³, adotando-se medidas e programas que visem à participação e promoção de iguais oportunidades não só às pessoas pertencentes às chamadas minorias⁴, mas àqueles que enfrentaram, ou enfrentam, preconceitos⁵ ou ainda desvantagens, a exemplo dos deficientes físicos.

² Cf. Art. 4, n.1 da *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas* de 1992. Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_minorias.pdf. Acesso em -7 de junho de 2019.

³ Na célebre visão de Ronald Dworkin, “a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”. Cf. RONALD DWORKIN, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade / tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira*. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 03.

⁴ Cf. VITAL MOREIRA E CARLA DE MARCELINO GOMES, *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos, 1ª ed.*, Coimbra: Coimbra Ed., 2014, pág. 475.

⁵ Nesse sentido, cf. RENATA MALTA VILAS-BOAS, *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, pág. 29. Destaque-se, contudo, que há lugares em que as ações afirmativas existem para a população majoritária, a exemplo da Malásia, cf. THOMAS SOWELL, *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*, tradução Joubert de Oliveira Brízida, 1ª ed., São Paulo, É realizações, 2016, pág. 30, e da África do Sul, cf. JOÃO

Com efeito, sob o argumento de que estas pessoas devem ter oportunidades iguais, além de contribuir para uma sociedade culturalmente diversa⁶, o Estado, por vezes, e em diversos países ao redor do mundo, apesar das controvérsias, tem adotado políticas que garantem grupos preferenciais ou cotas no mercado de trabalho, no ensino superior ou na obtenção de benefícios sociais com o fim de, pelo menos no plano teórico⁷, corrigir as desigualdades decorrentes de preconceitos, discriminações ou de hipossuficiência econômica.

Aliás, como tem sido comum defender, até mesmo a reparação de desvantagens históricas tem sido elencada como argumento na adoção de programas estatais, concedendo-se algum tipo de vantagem às gerações atuais visando “compensar”, numa espécie de reparação, tais condições particulares do passado⁸.

Tais medidas, genericamente denominadas de “ações afirmativas”⁹ em alguns países, ou por diferentes nomes em outros lugares¹⁰ e, em geral, baseadas

FERES JÚNIOR ... (et al.), *Ação afirmativa: conceito, história e debates*. Rio de Janeiro: EdUERJ. 2018, pág. 30.

⁶ Cf. VITAL MOREIRA E CARLA DE MARCELINO GOMES, *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*, op.cit., pág. 476.

⁷ Thomas Sowell alerta para o fato de que as discussões sobre os programas de ação afirmativa são focadas apenas em sua teoria, justificativas e em seus presumidos benefícios, deixando de lado os efeitos empíricos reais. Cf. THOMAS SOWELL, op.cit., pág. 40.

⁸ Para Renata Vilas-Boas, no caso brasileiro “as ações afirmativas têm como fim precípua combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado”. Cf. RENATA MALTA VILAS-BOAS, op. cit., pág. 29.

⁹ André de Carvalho Ramos conceitua as ações afirmativas como “um conjunto de diversas medidas, adotadas temporariamente e com foco determinado, que visa compensar a existência de uma situação de discriminação que políticas generalistas não conseguem eliminar, e objetivam a concretização do acesso a bens e direitos diversos (como trabalho, educação, participação política etc.). Tais ações tutelam os interesses de grupos sociais vulneráveis e objetivam, no futuro, a realização da igualdade substantiva ou material. Cf., ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Curso de Direitos Humanos*, 2ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 486. Com efeito, a “raça” é, portanto, apenas uma categoria em tais políticas. De se mencionar, ainda, que a legislação brasileira, através da Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, conceituou as ações afirmativas para efeitos do Estatuto, estabelecendo, no artigo 1º, parágrafo único, V, que são consideradas ações afirmativas “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”.

¹⁰ No tocante às diversas expressões utilizadas, deve-se destacar que tais políticas recebem diferentes nomenclaturas em diferentes sítios: “Ação Afirmativa” nos Estados Unidos; “Discriminação Positiva” no Reino Unido e na Índia; “Padronização” no Sri Lanka; “Reflexos de caráter nacional” na Nigéria; “Preferência aos “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, bem como em alguns estados da Índia. Cf. THOMAS SOWELL, op. cit., pág. 14. Ronald Dworkin chama de “discriminação compensatória”, trazendo uma ampla abordagem sobre as políticas de afirmação e o contexto social americano, apreciados em julgamentos da Suprema Corte Americana. Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 343 e segs.

em condições sociais da atualidade ou condições históricas particulares do passado, frequentemente suscitam fortes reações tanto a favor quanto contra¹¹.

Sabendo-se, todavia, que o tratamento diferenciado a grupos, ou a indivíduos a estes pertencentes, só se justifica se for realizado, de modo especial e temporário¹², com o fim de promover a igualdade efetiva e o bem estar da comunidade como o todo¹³, e que, em princípio, ações e programas que visam

¹¹ Segundo Thomas Sowell, a maioria das pessoas que são contra ou a favor da Ação Afirmativa são principalmente contra ou a favor de sua teoria, não se atentando para a questão factual do que realmente acontece como resultado das políticas de ação afirmativa, razão pela qual suposições, crenças e justificativas dominam as controvérsias sobre o assunto em todo o mundo. Por tal motivo, o cientista dedicou sua pesquisa à questão empírica sobre o que exatamente ocorre ou não sob a ação afirmativa, e quem ela beneficia ou prejudica. Sua pesquisa, que durou vários anos e incluiu duas viagens ao redor do globo, se concentrou em fatos concretos, que podiam ser documentados. Ao final, sua pesquisa revelou, a despeito de todos os diferentes contextos em que tais políticas foram adotadas, que existe um padrão de consequências surpreendentemente similares que se seguem à introdução de políticas de ação afirmativa. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 10.

¹² Se existe algo de consensual, tanto entre defensores quanto entre opositores, relativo às ações afirmativas de toda e qualquer natureza, esse algo é que elas devem ser medidas “temporárias”, sob pena de se transformarem em privilégio e ato discriminatório, ferindo o princípio que teoricamente elas pretendem concretizar. A própria Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, estabelece no artigo I, inciso 4 que “Medidas especiais tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos”. Na doutrina, a “temporariedade” é uma das características normalmente mencionadas pelos autores ao tratarem do assunto, ao introduzirem o conceito ou descreverem as ações afirmativas. Cite, por exemplo, as obras de Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 15; RENATA MALTA VILAS-BOAS, *op. cit.*, pág. 29; LEILA PINHEIRO BELLINTANI, *Ação afirmativa e os Princípios do Direito: A Questão da Cotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006, pág. 51; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *op. cit.*, pág. 486, e outros. Nesse mesmo sentido foi pautada a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, no bojo da qual fora reconhecida a constitucionalidade da adoção de cotas para afrodescendentes em universidades no Brasil, senão veja-se: “No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente”. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215650&base=baseAcordaos>. Acesso em 02 de junho de 2019.

¹³ Essa é uma posição adotada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Cf. VITAL MOREIRA E CARLA DE MARCELINO GOMES, *“Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos”*, *op.cit.*, pág. 476.

reduzir desigualdades econômicas e sociais¹⁴, promovendo uma justiça social¹⁵ através de igualdade de oportunidades¹⁶, de uma igualdade material e uma representação equilibrada de grupos¹⁷, estão, em tese, em harmonia com o princípio da igualdade e com a Constituição, deve-se analisar, se o critério¹⁸ “raça” utilizado na diferenciação é um elemento apto a promover a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo este desafio no cerne da presente pesquisa.

Baseado nisto, ou seja, na busca pelo alcance real e direto da dignidade da pessoa humana por atos do Poder Público, justificados, em tese, pela busca da igualdade material, o trabalho aqui proposto busca identificar se, no Brasil, as políticas públicas, ditas afirmativas, que possuem como critério

¹⁴ Thomas Sowell destaca que a desigualdade econômica e social é uma realidade que abarca, praticamente, todo o mundo e toda a história da humanidade, razão pela qual considera que um programa “temporário” para eliminar uma condição que existe há séculos é quase uma contradição de termos. Ainda segundo o autor, “qualquer política “temporária” cuja duração é definida pelo objetivo de conseguir alguma coisa, que jamais foi alcançada antes em lugar algum do mundo, poderia ser mais adequadamente caracterizada como eterna”. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs. 19 e 21.

¹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar da falência do Estado-Providência, chama a atenção para o equívoco de se ligar a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, o que pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que fez depender a liberdade da igualdade. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pág. 65.

¹⁶ Para Thomas Sowell, “a igualdade de oportunidades pode ser obtida dentro de um período plausível de tempo, mas isso é totalmente diferente da eliminação da desigualdade de resultados.” Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 19.

¹⁷ Segundo Thomas, “uma representação equilibrada de grupos, considerada norma, é algo difícil ou mesmo impossível de ser encontrada em qualquer lugar do mundo, enquanto que a representação desigual, que é vista como desvio a ser corrigido, está presente e permeia as mais distintas sociedades”. O autor chama a atenção para o fato de as pessoas serem diferentes e observa que “é difícil imaginar como elas poderiam não ser diferentes, uma vez que uma gama enorme de distintos fatores históricos, culturais, geográficos, demográficos e outros dá forma a habilitações, hábitos e atitudes particulares a grupos diferentes. Assim, “uma igualdade aproximada de “representação” dos diferentes grupos em ofícios, instituições e níveis de renda diversos tem sido um fenômeno bastante raro – ou inexistente -, exceto quando tais resultados numéricos são impostos artificialmente por cotas.” Destaca ainda o autor que “um volumoso estudo acadêmico sobre grupos étnicos em todo o mundo deixou claro, ao discutir a “representação proporcional” desses grupos, que, “ao longo dos tempos, poucas sociedades, se é que houve alguma, se aproximaram dessa descrição”. Por outro lado, “com bastante frequência, os super representados nas funções de alto nível foram minorias que, embora não tivessem poder para excluir outras, possuíam capacitações específicas. Os alemães, por exemplo, predominaram entre os que estabeleceram as principais fábricas de cerveja nos Estados Unidos, criaram a famosa cerveja Tsingtao na China e fundaram cervejarias na Argentina, na Austrália e no Brasil, entre outros países. Similarmente, os judeus predominaram na manufatura de roupas na Espanha medieval, no Império Otomano, na Argentina, nos Estados Unidos e em outros países.” Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs. 19-21.

¹⁸ Tais critérios de discriminações positivas devem ser submetidos ao crivo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, conforme ensina Jorge Reis Novais, existem “situações-tipo em que é essencialmente afetado o estatuto da igual dignidade de cada pessoa, em que alguém se vê desrespeitado na sua igual condição humana.” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*. – 2 v.: Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, pág. 133.

diferenciador/discriminatório o elemento racial, ou a cor da pele, constituem instrumento hábil para a concretização da dignidade do negro¹⁹ enquanto pessoa humana.

Trata-se, portanto, de uma análise “confrontadora” do “sistema de cotas raciais” à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o que, por óbvio, ultrapassa os limites do estudo comumente feito ancorado no clássico princípio da igualdade.

Isto é revelante na medida em que a disseminação do “sistema de cotas raciais”, embora historicamente justificado pelo princípio da igualdade, tem, com o passar dos anos, revelado inconformismo e descontentamento de parcela relevante da própria comunidade supostamente beneficiada pela referida política dita “afirmativa”, ao argumento, em geral, que tais medidas reestabelecem a divisão do ser humano em “classes raciais”, considerando-os, de forma indireta, “inferiores” por serem tratados como incapazes de alcançar as mesmas oportunidades de outro grupo pelo seu próprio esforço²⁰.

Assim, embora justificado, até então e em geral, pela necessidade de oferecer iguais oportunidades às situações mais diversas da sociedade, é necessário discernir se o “sistema de cotas raciais” representa verdadeiramente uma concretização da dignidade da pessoa humana, ou se, ao contrário, a divisão de “raças” representaria, na prática, uma violação ao postulado da “igual dignidade”.

Para este desiderato, buscando-se, por razões didáticas, maior concretude no estudo, a fim de estabelecer o momento jurídico-político atual como resultado da construção do pensamento ao longo da história, o trabalho será desenvolvido com vistas à compreensão da evolução do Estado, sobretudo diante de suas mudanças em face do avanço do pensamento jurídico-político consistente no resguardo da liberdade e igualdade, sempre, é claro, aproximando-se da influência do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Urge destacar que será apreciado, em linhas gerais e por todos, a perspectiva do “negro”, haja vista que esse é o grupo utilizado com mais frequência como justificativa para as políticas de ação afirmativa “racial”.

²⁰ Por oportuno, veja-se entrevista concedida na Rádio Jovem Pan, <https://youtu.be/7m329pYfzBQ>, visualizada em 13/04/2019. Confira-se, ainda, <https://youtu.be/y9uCc-6FAHE>, também visualizado em 13/04/2019.

Seguramente, esta caminhada, ainda que breve, será necessária para entender o surgimento das diversas medidas compreendidas como ações afirmativas, em especial o sistema de cotas raciais.

Ao chegar a este ponto, será procedido, antes mesmo de analisar a situação da realidade brasileira, um estudo mais aprofundado acerca do surgimento e evolução das ações afirmativas em dois contextos internacionais diversos, a saber: Índia e Estados Unidos da América. Justifica-se a escolha dos dois países referidos em razão da história e da influência claramente verificada no Ordenamento brasileiro.

Em relação à Índia, o estudo se revela fundamental por duas razões simples. A uma, porque, além de ser o berço da implantação das ações afirmativas, remontando sua origem à primeira metade do século XX, os efeitos e consequências experimentados após décadas de implantação proporcionam uma avaliação prática profunda quanto às promessas e resultados das ações afirmativas. A duas, porque muito da história da ação afirmativa na Índia já começa a ser repetida no Brasil.

Por sua vez, em relação aos Estados Unidos, porque foi o país onde, já na segunda metade do século XX, tais medidas alcançaram maior projeção num contexto racial da perspectiva do negro e, até hoje, o pensamento ali desenvolvido tem sido usado na implantação e na fundamentação do sistema de cotas raciais no contexto brasileiro, tendo, portanto, larga influência na construção e no desenvolvimento das ações afirmativas no Brasil, sobretudo na perspectiva racial.

O trabalho, para além de sua compreensão no pensamento global, sobretudo em suas origens, será direcionada, também, no campo específico do cenário brasileiro, cujo Ordenamento Jurídico será maior explorado no curso desta obra, em especial pelos acalorados debates que ainda hoje o sistema de cotas raciais desperta na sociedade²¹.

Dentro deste contexto, será mencionado, de modo perfunctório, o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, julgada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no ano de 2012, no bojo da qual a Corte de Constitucionalidade brasileira assentou entendimento acerca da

²¹ Vide matéria publicada no site do diariodonordeste.com.br, edição de 20/03/2019, acessado em 13/04/2019. Para conferir, segue o link respectivo: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/metro/cotas-raciais-fraudes-alertam-sobre-necessidade-de-monitoramento-1.2077079>.

constitucionalidade de medidas afirmativas em favor das pessoas negras, consistente, naquele caso, na reserva de vagas nas Universidades Públicas.

Feito isto, será oportuno ponderar o pensamento que fundamenta as ações afirmativas diante, sobretudo, do princípio da dignidade da pessoa humana, e de uma forma mais diluída, diante do princípio da igualdade, seja porque este último tem sido no curso dos anos o grande fundamento destas políticas públicas, seja porque as discussões sobre o assunto, ainda que neste trabalho tenham por foco o princípio da dignidade da pessoa humana, sempre são travadas diante da busca pela igualdade material²².

Assim, reconhecida a relevância dos valores envoltos na discussão travada no presente trabalho, e após abordar questões relevantes como a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito Democrático e a necessidade de delimitação de seu conteúdo normativo, bem como o sentido de justiça que fundamenta o sistema de cotas raciais e o sentido de justiça que alicerça o referido princípio, segue-se a análise específica da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva da igual dignidade, por uma medida de cunho estritamente racial, buscando oferecer uma resposta ao questionamento central do trabalho, afinal:

As ações afirmativas de cunho racial (cotas raciais) concretizam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Estaria (á) o Estado a proteger o indivíduo em sua dignidade quando, para a promoção de um direito, utiliza-se de um critério discriminatório baseado exclusivamente na cor da pele?

Seria (á) a cor do indivíduo, por si só, e sobretudo no contexto brasileiro, um elemento que, historicamente, justifica a readequação social, ainda que para isso se utilize do mesmo critério tido como discriminatório?

Estaria (á) o princípio da dignidade da pessoa humana preservado, ainda que baseado em critério discriminatório positivo, pelo simples fato de se conferir uma maior facilidade de acesso a um estabelecimento de

²² Basicamente, este é o grande fundamento, na nomenclatura de Ronald Dworkin, da chamada “discriminação compensatória. Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 343 e segs.

ensino de natureza pública ou mesmo a um critério distintivo de concorrência para o acesso de cargos públicos?

Estas e outras questões demonstram de forma muito clara a relevância da pesquisa a desafiar um estudo aprofundado, buscando-se, de forma técnica, histórica e juridicamente, identificar se as medidas afirmativas (sistema de cotas raciais) baseadas no critério “cor da pele” são aptas a concretizar a dignidade da pessoa humana ou se, ao contrário, estariam a violar o princípio em alusão.

PARTE I

ESTADO E POLÍTICA DE COTAS: ASPECTOS HISTÓRICOS.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO DO ESTADO NA PERSPECTIVA DE SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO.

Tratar sobre políticas de cotas como modelo de “ação afirmativa” conduz a inevitável análise do tema sob a perspectiva de sua relação com o Estado como protetor de direitos fundamentais²³, particularmente, neste caso, como promotor da aspirada igualdade²⁴, que, no fundo, exprime a busca pela concretização da dignidade da pessoa humana²⁵, haja vista que a evolução da sociedade tem projetado no Estado o papel de relevante provedor das necessidades do indivíduo como pessoa.²⁶

²³ Conforme ensina Jorge Reis Novais, “o Estado de Direito é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado ao seu respeito, protecção e promoção.” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.60. Assim, os direitos fundamentais do cidadão, juntamente com a liberdade, constituem o núcleo essencial caracterizador e determinante do conceito, sem o qual não haverá Estado de Direito, independentemente da época, país ou condições de vigência. Nesta perspectiva, só haverá Estado de Direito quando o centro das preocupações do Estado, e seu próprio fim, for a protecção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 25.

²⁴ A igualdade é um dos princípios estruturantes, basilares do Estado de Direito, ligado à ideia de justiça, à luta contra privilégios e à dignidade da pessoa humana. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág.101. Nesse mesmo sentido, J.J. Gomes Canotilho também destaca a igualdade como um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 17ª reimp., Almedina, 2003, pág.426.

²⁵ Segundo Ingo Sarlet, “o direito geral de igualdade e o correspondente princípio da isonomia (igualdade) encontram-se diretamente ancorados na dignidade da pessoa humana. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 132.

²⁶ A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana adquiriu relevância jurídica ao ser erigida à condição de princípio fundamental e fim do próprio Estado de Direito, as necessidades do cidadão passaram a ter relação direta com os deveres do Estado que, ante a sua nova conformação, existe em razão da pessoa e não a pessoa em razão do Estado. O Estado deveria agora se preocupar também com a criação de condições materiais que permitissem às pessoas o livre desenvolvimento das suas personalidades e uma condigna existência. Nesse sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág.32 e pág.52. Da mesma forma, Carlos Blanco de Moraes enfatiza que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente pressuposto existencial e fim do Estado de Direito que não existe para si mesmo, mas para servir a pessoa humana que é elemento prévio e constitutivo do próprio Estado e que o coloca a seu serviço. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, T. 2, 2ª v., 1ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2014, pág. 468. Acerca da “evolução histórica da tutela da pessoa humana”, Paulo Otero chega a adotar a expressão “Estado Humano”, justificando que o ser humano assumiu a própria justificativa “do Estado e do direito”, após o que cada homem passou a ser um “fim em si mesmo e nunca um meio”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra. 2007. Página 479.

Um olhar para trás mostra, no entanto, que nem sempre, na relação Estado-indivíduo, as pessoas foram concebidas como iguais em sua dignidade, tampouco que ao Estado cumpria o dever de promover as condições para o alcance de uma igualdade fática e de uma igual dignidade entre todos os cidadãos. Aliás, a própria concepção de “dignidade” passou por diversas e sucessivas acepções nos campos espiritual, filosófico, político e jurídico, sendo o conceito e conteúdo atual fruto desta evolução do pensamento ao longo dos séculos.

Em verdade, a própria concepção de “Estado” e sua relação com o indivíduo passou por diferentes fases no curso do tempo, ao passo que a igualdade, como delineada nos dias atuais, carrega em si, como lembra Jorge Reis Novais, dois séculos de uma multifacetada evolução que acompanha as transformações experimentadas pelo Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado²⁷.

²⁷ Segundo Jorge Reis Novais, a igualdade é o princípio de presença mais constante e mais antiga nos textos constitucionais e, por isso, é o que experimentou evolução mais multifacetada, desencadeando controvérsias doutrinárias que refletem, acompanham e influenciam as transformações sofridas pelo Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, pág. 101.

1. O “ESTADO” E SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO NA IDADE ANTIGA

Ao buscar a evolução do “Estado” e sua relação com o indivíduo ao longo da história, tomando-se a palavra apenas por empréstimo, deve-se destacar que na Idade Antiga só impropriamente, e de forma ainda distante, é que se pode referir ao “Estado” à luz de uma concepção moderna. Contudo, para os fins do presente trabalho, ao se observar o exemplo dos modelos de sociedade considerados avançados na antiguidade, pode-se afirmar que a ideia de um poder político dotado de unidade e autonomia estavam presentes nas Cidades-Estado gregas e no Direito Romano, sendo Atenas considerada o primeiro grande precedente histórico de limitação do poder político – governo de leis, e não de homens, onde os cidadãos participavam dos assuntos públicos²⁸.

Entrementes, a *Polis* grega constituía um sistema político extremamente convergente e excludente²⁹, no qual a escravidão³⁰, instituição em que se perdiam os horizontes da humanidade³¹, era um instituto legítimo e o homem, que vivia inteiramente à mercê da onipotência do Estado, absorvido pelo coletivo³², nunca fora reconhecido individualmente como pessoa³³.

Nas Cidades-Estados gregas, o “Estado” fincou suas raízes na ideia de comunidade e não no próprio indivíduo, na medida em que a essência da democracia

²⁸ Em Atenas nasceram ideias como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e a supremacia da lei, fruto de um processo formal cuja validade se estendia para todos. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 30.

²⁹ A democracia em Atenas, mais se assemelhava a uma república aristocrática, tratando-se de uma organização política excludente onde um terço da população era escrava e os estrangeiros, ainda que livres, assim como as mulheres, não tinham o mesmo direito de participação. O cidadão, cerca de 40 mil no contexto de uma população estimada em 300 mil pessoas, eram apenas os maiores de 20 anos nascidos de pai e mãe atenienses. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, op.cit.*, pág. 31.

³⁰ É de se destacar, no entanto, que a ideia comumente aceita é que na antiguidade a escravidão não tinha uma base ideológica racista, pois os escravos eram geralmente prisioneiros de guerra e não havia a ideia de que fossem “naturalmente” inferiores aos seus senhores. “A escravidão era mais conjuntural que estrutural. Se o resultado da guerra tivesse sido outro, os papéis de senhor e escravo estariam invertidos.” Cf. SÉRGIO D. J. PENA, *Humanidade Sem Raças?* São Paulo, Publifolha, 2008, pág. 10. Sobre o assunto, ver também FRANCISCO BETHENCOURT, *Racismos, Das cruzadas ao século XX, op. cit.*, págs. 20-21.

³¹ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 16.

³² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 16.

³³ Paulo Bonavides lembra que Benjamim Constant, Alfred Verdross-Drossberg, Condorcet e Laboulaye compartilhavam a mesma opinião de que a “*Antiguidade não conheceu direitos fundamentais do indivíduo*”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª edição, 2ªT, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, págs. 147.

grega não convergia no indivíduo, mas sim na coletividade. Em verdade, o homem (indivíduo) existia em função do “Estado”, da *Polis*, e não o “Estado” em função do homem. Essa ideia pode ser entendida melhor, por exemplo, na prática das próprias mães espartanas que festejavam, com flores, a morte de seus filhos em defesa da pátria nos campos de batalha e, com lágrimas, a dos sobreviventes³⁴.

Nesta conjuntura, percebe-se claramente que na Idade Antiga o conceito de liberdade era bem diverso da compreensão que atualmente tem sido relacionada ao direito individual. Naquela altura, a liberdade estava associada e existia em razão da participação na coletividade e nos assuntos públicos, não sendo perspectivada como autonomia do indivíduo como pessoa.

Em resumo, a liberdade existente nas sociedades antigas, em especial na figura da *Polis* grega, significava ter direitos políticos, conferindo-se ao indivíduo o direito (dever) de votar leis, deliberar em praça pública sobre assuntos de interesse comum como guerra e paz, selar tratados de alianças com os estrangeiros, nomear magistrados, examiná-los os atos, as contas e a administração, bem como fazê-los comparecer perante o povo e a proferir julgamentos³⁵.

Com efeito, o conceito que os antigos tinham de liberdade era uma liberdade em função do coletivo, onde o indivíduo pertencia inteiramente ao Estado e deveria ser completamente submisso à autoridade do todo. Por sua vez, o homem não tinha nenhuma liberdade individual, sendo, entretanto, expressão, sim, da coletividade³⁶. Valores e ideias como dignidade e igualdade eram de difícil entendimento na antiguidade, quando a cidade ou a república pautava-se, por um lado, na escravidão, e por outro, na absorção do cidadão pelo coletivo³⁷.

³⁴ Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª edição, 2ªT, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, págs. 147 e ss.

³⁵ Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit. pág. 146.

³⁶ O homem existia e vivia em razão do Estado. Nada lhe havia que fosse independente, pelo que até seu próprio corpo pertencia ao Estado e estava voltado à sua defesa. O Estado também exercia sua tirania nos menores detalhes de vida privada do homem, como o que beber, o que vestir, quanto a casar, razão pela qual Paulo Bonavides, citando Fustel de Coulanges, afirma que o “*Leviatã da Antiguidade*” queria a alma e o corpo do indivíduo”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª edição, 2ªT, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pág. 152.

³⁷ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 16.

É nessa perspectiva e por tais razões que, apesar do esforço de alguns intérpretes em invalidá-la, figura entre as teses consagradas³⁸ a afirmação de que os antigos não tinham nenhuma noção do que seriam esses direitos e que, naquelas sociedades, não é cabível a ideia de direitos individuais³⁹, apesar de aí se encontrarem raízes do humanismo⁴⁰.

³⁸ De acordo com Paulo Bonavides, a tese de autores como Benjamim Constant, Condorcet, Alfred Verdross-Drossberg, Laboulaye, Jacob Burckhardt e Fustel de Coulanges “*compõe naturalmente a essência doutrinária do pensamento liberal quando exprime, no Estado moderno, a ideia da liberdade-autonomia, em contraposição à liberdade-participação, consoante a feliz e adequada expressão de Georges Burdeau, em seu Tratado de Ciência Política.*” Ainda segundo Bonavides, há publicistas como Ernest Barker, Georges Jellineck e Hasbach que tem uma percepção diferente quanto a existência de direitos individuais na Antiguidade. Nesse sentido, para Jellineck, por exemplo, “*No Estado antigo, tanto quanto no Estado moderno, atribuiu-se ao indivíduo uma esfera de livre atividade independentemente da ação estatal, mas com a diferença de que não chegou a Antiguidade a possuir a consciência do caráter jurídico dessa esfera, subtraída à coação estatal.*” Já Jehring elogia a liberdade em Roma, apontando que nenhum outro direito foi capaz de conceber “*a ideia de liberdade de um modo mais digno e certo que o Direito Romano*”, não obstante reconheça que, em Roma, diferentemente dos tempos modernos, a liberdade não era considerada “*um bem ou uma qualidade da pessoa, mas “um bem objetivo e indestrutível, independente da vontade individual*”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op.cit. págs. 154 e ss.

³⁹ Na perspectiva de que na Antiguidade não havia uma esfera de direitos individuais, ao tratar das diferenças entre a noção de “Estado” na antiguidade e o “Estado de Direito” no que diz respeito à relação Estado-indivíduo na medida dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais, citando Benjamim Constant, faz a diferenciação - abordando a particular concepção da democracia pelos gregos - entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, na ótica de quem, na antiguidade, o indivíduo, embora “soberano nos assuntos públicos”, era “escravo nas relações privadas”. Considerando que o indivíduo existia em razão do “Estado” e não o ‘Estado’ em razão do indivíduo, o exercício da liberdade na “soberania dos negócios públicos” era um dever do indivíduo para com o “Estado” e não um direito propriamente dito, razão pela qual a noção de liberdade individual e privada era completamente inexistente naquele contexto. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 32. Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides, como já referido na nota de número 14, lembra que, não apenas Benjamim Constant, mas também Alfred Verdross-Drossberg, Condorcet e Laboulaye compartilhavam a mesma opinião de que a “*Antiguidade não conheceu direitos fundamentais do indivíduo*”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., págs. 147.

⁴⁰ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 16.

2. O “ESTADO” E SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO NA IDADE MÉDIA.

Tal qual na Idade Antiga, também na Idade Média só tomando a palavra por empréstimo é que se pode falar em “Estado”. O que existia era um modo de organização social e político baseado numa variada e, piramidalmente hierarquizada⁴¹, relação de subordinação e dependências recíprocas, denominado feudalismo, que surgiu em substituição ao escravismo greco-romano.

Nessa complexa hierarquia das relações medievais de suserania e vassalagem, não havia um poder centralizado, mas uma fragmentação de poderes nas mãos dos senhores. Para além disso, existia um sistema de privilégios e obrigações, onde cada um era ao mesmo tempo sujeito de obrigações e titular de “direitos” face ao seu senhor ou àquele a quem estivesse subordinado. Tais “direitos” constituíam, em verdade, privilégios derivados da posição social ocupada por seu titular, podendo ser reivindicados e garantidos pelos tribunais comuns.⁴²

As várias transformações sociais e económicas que propiciaram o declínio do sistema feudal também conduziram a uma transformação de ordem política na medida em que a ideia de centralização do poder nas mãos do monarca revelava-se sensivelmente atraente e, por isso, progressivamente fomentada e apoiada pela burguesia em ascensão. Surge um Estado de transição designado “Estado Estamental”, no qual a crescente centralização do poder pelo rei era resistida pela existência das assembleias representativas estamentais⁴³.

Nestas condições, pode-se concluir que na Idade Média não havia uma figura estatal nos moldes do “Estado” moderno. A realidade que existia, o “Estado Estamental”, era um modelo imperfeito de “Estado”, haja vista que a limitação do poder do soberano não era essencialmente de natureza jurídica, mas ético-religiosa,

⁴¹ “Tratava-se de uma teia de relações em forma de pirâmide, em cuja base encontrava-se senhores feudais menos poderosos e ricos que eram somente vassalos; no meio estavam nobres vassalos de um e suseranos de vários; e, no topo, em geral, um senhor feudal mais poderoso que todos, o rei.” Cf. CLÁUDIO VICENTINO e GIANPAOLO DORIGO, *História para o ensino médio: História Geral e do Brasil*, v. único, 1ª ed., 5ª reimp., São Paulo, Editora Scipione, 2002, pág. 121.

⁴² Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 34; Também Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 15.

⁴³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 16.

(estamento eclesiástico) ou social (estamento nobiliárquico)⁴⁴ e as relações de vassalagem entre os reinos tornavam incertas tanto a identificação dos súbditos e dos seus “direitos”, quanto os limites de fronteiras do território.⁴⁵

Quanto à existência de direitos fundamentais, também pode-se afirmar que naquela altura não havia o reconhecimento de direitos do homem como pessoa. A liberdade ainda era a única das virtudes a ser considerada e, ainda assim, como destaca Jorge Reis Novais, citando Gomes Canotilho, essa decorria da posição social ocupada e não, da titularidade de direitos enquanto homem, indivíduo.⁴⁶

Com efeito, diante da ausência dos elementos que caracterizam o “Estado” como atualmente é concebido, especialmente a falta de limitação de natureza jurídica em face do “Príncipe” e o não reconhecimento de direitos fundamentais ao homem, e, por outro lado, a existência de uma jurisdição que garantia os privilégios de seus titulares, infere-se que na Idade Medieval não existia um “Estado de Direito”, mas sim, como ressalta Jorge Reis Novais, apenas a figura de um “Estado de Justiça”⁴⁷.

⁴⁴ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 17.

⁴⁵ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op., pág. 71.

⁴⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 35.

⁴⁷ O que ainda existiam e, por essa razão, segundo Jorge Reis Novais, podem ser tidos como raízes das modernas declarações de direitos, eram pactos, chamados “cartas de franquia” ou os “Forais ibéricos” que, apesar de, formalmente, se tratar de documento outorgado, representavam convenções entre suseranos e a aristocracia que limitavam o “Príncipe” e conferiam direitos específicos aos indivíduos. Contudo, em pese a existência de tais documentos, ainda assim a Idade Média é caracterizada como “era do privilégio”, onde a própria legalidade era concedida como privilégio e não como direito. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 35.

3. O ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO NA IDADE MODERNA.

De outra sorte, apesar da resistência oposta por parte da Igreja Católica e da maior parte dos senhores feudais, a centralização política do poder na figura do Rei transformou-se em realidade inevitável. O fator centralização real do poder aliado à crescente extinção dos privilégios e entraves políticos e econômicos derivados das estruturas feudais acabaram por contribuir para o surgimento de um novo tipo de Estado, “Estado Moderno”, do qual o “Estado Absoluto⁴⁸” apresenta-se como sua primeira manifestação histórica.⁴⁹

“*O Estado sou eu*”! Essa célebre frase atribuída ao rei da França, Luís XIV (1643-1715)⁵⁰, o “Rei Sol”, sintetiza de forma designadamente prática a essência do Estado Absoluto. Como regra geral, desde o momento da formação dos Estados centralizados, os monarcas procuraram imprimir um caráter autoritário aos seus governos, e cada vez mais, o poder real foi assumindo um aspecto absoluto, ilimitado.

Autoridade e poder absoluto se concentravam na figura do rei e, como tal, o Estado absolutista caracterizava-se pelo exercício do poder pelo monarca sem quaisquer limites jurídicos, nem interferências de órgãos legislativos ou judiciais autônomos. Soberania absoluta e indivisível eram as características do poder político estatal⁵¹. Não haviam regras pré-estabelecidas que pudessem impor limites à atuação do Estado, nem muito menos quaisquer mecanismos de garantia jurídica para o indivíduo ante a possibilidade de intervenções ilimitadas e arbitrárias por parte do Monarca. Este estava acima do Direito e o Estado acima de qualquer controle judicial.⁵²

⁴⁸ Para Jorge Miranda, a terminologia expressa certa imprecisão, uma vez que nenhum Estado poderia existir à margem do Direito. Entretanto, a expressão estaria relacionada à “*máxima concentração do poder na pessoa do rei, cuja vontade era lei*”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional. O Estado e os sistemas constitucionais*, Tomo I, 1, 10ª ed. ver. e atualiz., Coimbra, Coimbra editora, 2014, pág. 89/90.

⁴⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 17.

⁵⁰ Cf. CLÁUDIO VICENTINO e GIANPAOLO DORIGO, *História para o ensino médio História Geral e do Brasil*, op. cit., pág. 214.

⁵¹ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais ...* op.cit., pág. 33.

⁵² Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 17 e ss.

No Estado absolutista tipicamente do continente europeu⁵³, seja qual fosse a justificação, origem divina ou de racionalização do poder, o que ocorria era uma crescente concentração de poderes nas mãos do Monarca, que a pretexto do exercício do direito de polícia, intervinha, sem limites, em todos os domínios da vida, do mais ao menos importante, assim o fosse considerado como necessário para alcançar o “bem” e o “interesse públicos”.

Ao indivíduo, que vivia em função do Estado, não foram conferidos direitos e os particulares não dispunham de quaisquer mecanismos de defesa perante a atuação lesiva da administração. A relação entre Estado e indivíduo era caracterizada pela completa e inevitável submissão do indivíduo à razão do Estado, que, na realidade, confundia-se com a vontade do Rei.

O que ainda existia era a chamada “doutrina do Fisco” através da qual os particulares que se sentissem lesados poderiam pleitear reparações pelos danos causados na atuação do Estado. Mas, ainda assim, há que se destacar que o mesmo não visava a proteção de direitos individuais dos particulares, mas somente minimizar, de forma patrimonial, os prejuízos sofridos⁵⁴.

A ausência de uma regulamentação prévia que limitasse a atuação do Estado prejudicava especialmente os interesses da burguesia que via sua atividade económica e sua prosperidade sujeitas ao alvedrio do Estado.

Por outro lado, o cidadão, como indivíduo, também vivia completamente vulnerável, pois não possuía direitos reconhecidos a serem reivindicados e oponíveis ao Estado, algo que passou a ser totalmente rechaçado com a disseminação do pensamento iluminista pautado na oposição sistemática a tudo que era considerado contrário à busca da felicidade, da justiça e da igualdade

⁵³ Embora aqui tratado como um modelo de Estado europeu, urge registrar a ressalva de Susana Videira quanto à situação excecional e particular da evolução histórica da Grã-Bretanha em face do restante do continente. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão social em Portugal no Século XIX: Contributo para a História dos Direitos Sociais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, pág. 45. Neste mesmo sentido, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., pág. 81; e cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 16.

⁵⁴ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 17

como direitos naturais⁵⁵ inerentes ao homem livre⁵⁶ e que deveriam ser obrigatoriamente respeitados e preservados pelo próprio Estado.

Assim, os desmandos, os abusos do poder, a falta de previsibilidade e a insegurança gerada pelo Estado de Polícia despertaram para a necessidade de transformação e racionalização⁵⁷ do então modelo despótico de Estado, mediante a sua submissão a regras gerais, prévias e abstratas, através das quais a autonomia dos cidadãos e a economia não ficassem suscetíveis a ingerências arbitrárias do Príncipe, garantindo, assim, de uma forma geral, liberdade, segurança e condições de uma vida melhor e mais justa aos indivíduos.

Floresce, então, neste contexto, um movimento que ultrapassou as fronteiras nacionais, alcançando os continentes europeu e americano, designadamente através das revoluções francesa e americana⁵⁸. As manifestações situadas no final do século XVIII, intensamente influenciadas pela difusão das ideias iluministas, revelavam uma forte insurgência contra o modelo de Estado Absolutista, buscando, de alguma forma, impor limites à instituição do Estado, a fim de que o indivíduo alcançasse um patamar mínimo de existência do "ser"⁵⁹.

⁵⁵ De acordo com Luís Roberto Barroso, o jusnaturalismo, concebido como filosofia natural do direito, associado ao iluminismo na crítica ao regime absolutista, conferiu substrato jurídico-filosófico à limitação do poder do Estado, uma das grandes conquistas do mundo moderno, ao lado da tolerância religiosa. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op.cit.*, pág. 271.

⁵⁶ Destaque-se que os ideais de liberdade e igualdade, embora tenham aflorado nas Revoluções liberais, já despertavam a atenção dos pensadores do século XVIII. Neste sentido, deve-se registrar, como destaca Susana Videira, o pensamento do Marquês de Condorcet acerca da igualdade, da justiça e da liberdade, cujas ideias antecederam a própria revolução francesa, sendo, inclusive, "a um só tempo, seu guia e sua vítima". Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no século XIX...*, *op. cit.*, págs. 225-226.

⁵⁷ Racionalização significava limitação, submissão, divisão de poderes e, o mais importante, garantia de direitos fundamentais. O Estado deveria, assim, ser submisso e limitado pelo Direito para que não ultrapassasse seus fins e invadissem as esferas da vida privada, especialmente a patrimonial. Em síntese, o Estado deveria ter 3 características: 1- ter personalidade jurídica e ser titular de direitos e deveres; 2- ter suas funções repartidas em órgãos distintos; e 3- ter seus atos sujeitos ao controle jurídico de conformação com a lei suprema, geral e abstrata. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, pág. 22.

⁵⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, *op. cit.*, pág. 45.

⁵⁹ Conforme destaca Luís Roberto Barroso, a crença de que o homem possui direitos naturais que deveriam ser obrigatoriamente respeitados pelo Estado foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram à monarquia absolutista, razão pela qual tanto a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) quanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) nasceram impregnadas de ideias jusnaturalistas. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op.cit.*, pág. 271.

Com efeito, no final do século XVIII, foi desencadeado na Europa o processo de queda do antigo regime com o colapso⁶⁰ do Estado Moderno Absolutista e sua substituição por um novo tipo de Estado. Com o êxito das Revoluções francesa e americana, que mudaram e marcaram o curso da história, alcançou-se um novo momento do Estado, inaugurando-se, àquela altura, a figura do Estado submisso ao Direito: o Estado de Direito, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais⁶¹. Inicia-se a trajetória do constitucionalismo moderno.

⁶⁰ O auge do absolutismo no século XVIII representou também o ponto máximo de suas contradições. Nesta conjuntura, interessante é a observação de Jorge Miranda, para quem foram “os exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos” do Estado Absolutista que tornaram “menos admissíveis” sua existência no “século das luzes”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015*, pág. 25.

⁶¹ Cf. PAULO BONAVIDES, *História Constitucional do Brasil*, 4ª edição, Brasília, OAB Editora, 2002. Página 42.

4. O ESTADO DE DIREITO LIBERAL E SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO.

O Estado de Direito foi concebido numa compreensão muito diversa da concepção que hoje se tem de “Estado”. Sua grande virtude, contudo, foi inaugurar um novo momento na sua relação com o indivíduo, haja vista que a nova ordem jurídico-política impusera limites ao Estado, além de um conjunto de direitos e deveres, sendo que estes últimos poderiam ser exigidos pelo indivíduo⁶².

A mudança externada pelo largo avanço jurídico-político com a chegada do Estado de Direito, fruto e expressão da luta política do movimento liberal burguês⁶³, legitimado numa ideia de Direito e justiça⁶⁴ material contra o Estado absoluto⁶⁵, é incontestável.

Aquele que antes existia e agia em função dos atos e vontades de um único indivíduo, o Soberano, passava, agora, a atuar em função da sociedade, da prossecução e garantia de proteção da liberdade e dos direitos fundamentais do cidadão, submisso a um conjunto de regras disciplinadas pelo Direito que organizava e integrava as funções do Estado. Sua principal característica era ser, assim, um Estado racionalizado, “limitado e organizado juridicamente com vistas à garantia dos direitos fundamentais”⁶⁶.

⁶² Segundo Paulo Otero, o “Estado existe para garantir os direitos dos indivíduos”, até porque “é no indivíduo e na garantia dos seus direitos que reside, em última análise, a própria razão de existência do Estado e dos textos constitucionais”. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra. 2007, pág. 487.

⁶³ Mola propulsora e articuladora de toda mudança ocorrida no conceito de Estado, para a burguesia o conceito de Estado de Direito transcendia o aspeto filosófico, expressando, mais que isso, sua luta política contra a imprevisibilidade e as barreiras sociais impostas pelo Estado absolutista. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 73.

⁶⁴ O jusnaturalismo aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito daquele momento da história. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, op. cit., pág. 281.

⁶⁵ “A Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero, e das relações feudais no campo.” Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 51.

⁶⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 20.

Como resultado dos movimentos liberais, o Estado de Direito nasceu, contudo, marcado pelas concepções ideológicas liberais adotadas pela burguesia que, à época, em crescente ascensão, fez o povo despertar para a consciência de suas liberdades políticas e generalizou suas reivindicações de classe burguesa como ideais de todos os homens⁶⁷.

A ideia fundamental do Estado de Direito assentava-se na limitação do Poder. Esta limitação da autoridade seria alcançada através de uma técnica jurídica de distribuição das várias funções do Estado por diferentes titulares⁶⁸, modelo da separação de poderes⁶⁹, bem como de uma declaração de direitos em uma Constituição⁷⁰.

Prosseguindo na mesma linha da ideia proclamada no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁷¹, o Estado de Direito, em quaisquer que sejam as suas manifestações, fora, assim, edificado e está

⁶⁷ Como afirma Jorge Reis Novais ao discorrer sobre a concepção liberal de direitos fundamentais, “resulta por óbvio que no âmago desta concepção se situam os interesses de classe da burguesia, não obstante esta apresentar as suas aspirações como reivindicações de toda a sociedade face ao Estado (e, na medida em que se traduziam em protecção efectiva contra as arbitrariedades do Estado, os direitos fundamentais eram, potencialmente, uma conquista de toda a sociedade)”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., págs. 79/80. Também nesse mesmo sentido, cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., pág. 42.

⁶⁸ Embora a ideia de divisão das funções do Estado para que não estivessem concentradas nas mãos de uma só pessoa remonte à Platão e à Aristóteles, foi através da obra, “O espírito das leis”, do filósofo iluminista Montesquieu que a teoria da separação dos poderes foi agregada ao constitucionalismo liberal contra o Estado absoluto.

⁶⁹ A teoria da Separação de Poderes do filósofo iluminista Montesquieu redefiniu o poder do Estado, de forma que este passasse a ser limitado. Para ele, o poder do Estado deveria dividir-se em funções específicas, (especialização funcional), atribuídas a órgãos independentes (independência orgânica), possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude. Em outras palavras, o poder era limitado pelo próprio poder, de forma que não seria mais absoluto. Como afirma Jorge Reis Novais, essa é a ideia de divisão de poderes como especialização jurídica orgânico-funcional. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 24. No mesmo sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág.86.

⁷⁰ Nas Palavras de Paulo Otero, “uma Constituição só é constitucional se estiver ao serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais”. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra. 2007. Página 487.

⁷¹ “Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição”. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 fazia parte do amplo conjunto de reformas antiaristocráticas que se fundavam no lema *liberdade, igualdade e fraternidade, juntamente com a elaboração de uma nova Constituição, a abolição do sistema feudal e a denominada constituição civil do clero*. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 51.

assentado sobre duas pilastras fundamentais: “Direitos Fundamentais” e “Divisão de Poderes”⁷².

Em verdade, o Estado de Direito inaugurou um momento absolutamente novo, fincando as raízes daquilo que viria a ser o grande sustentáculo deste novo modelo de Estado, a saber: constitucionalismo⁷³, democracia⁷⁴ e separação de poderes⁷⁵. As nações agora passariam a se organizar, jurídica e politicamente, através de um Texto Constitucional, por meio do qual haveria uma disciplina quanto aos direitos e deveres na relação indivíduo x Estado⁷⁶.

Há entre direitos fundamentais e separação de poderes uma relação de meio e fim, onde a separação de poderes constitui o instrumento, a técnica jurídica, que visa garantir os direitos fundamentais e, como diz Jorge Reis Novais, “*ela se legitima em função da garantia da liberdade individual.*”⁷⁷ A essência do Estado de Direito está, contudo, no reconhecimento e na consagração

⁷² Segundo Jorge Reis Novais, “*Direitos fundamentais*” e “*divisão de poderes*” são os elementos essenciais e imprescindíveis à existência de qualquer Estado de Direito em quaisquer de suas manifestações, assumindo um caráter diferente a depender do momento histórico e dos fundamentos filosóficos ou ideológicos que os inspiram. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 22.

⁷³ Na visão de Mauro Cappelletti, o moderno constitucionalismo representa, em certa medida, “uma superação da doutrina jusnaturalista”, a qual, segundo o autor italiano, estaria “destinada a desaparecer e com frequência a ser menosprezada justamente no século XIX e na primeira metade do século XX”. De qualquer forma, adverte Cappelletti que foi exatamente a doutrina política do jusnaturalismo que assentou os alicerces do moderno Estado de direito”. Cf. MAURO CAPPELLETTI, *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1984, pág. 56. De se ressaltar, ainda, o pensamento de J.J. GOMES CANOTILHO, para quem o constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Segundo o professor de Coimbra, o constitucionalismo é uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, tratando-se, em verdade, de uma “teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 17ª reimp., Almedina, 2003, pág. 51.

⁷⁴ Tratando da essência da democracia, J.J. Gomes Canotilho rememora a clássica fórmula de Lincoln, segundo a qual a democracia é “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op.cit., pág. 287.

⁷⁵ Apesar de tradicionalmente a separação de poderes ser associada, à partida, ao pensamento de Montesquieu, o certo é que foi John Locke quem primeiro teorizou acerca da divisão do poder estatal em diferentes competências. Cf. JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, tradução de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2012, pág. 330. Ao analisar a divisão do Poder estatal na perspectiva da Constituição portuguesa de 1976, J.J. Gomes Canotilho, aponta que os “poderes são sistemas ou complexos de órgãos aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pág. 543.

⁷⁶ Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direitos Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*, São Paulo. Saraiva, 2009, págs. 04-06.

⁷⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 86.

constitucional⁷⁸ de uma esfera de direitos naturais do indivíduo, direitos estes oponíveis a terceiros e ao próprio Estado⁷⁹.

Os direitos fundamentais foram, àquela altura, moldados à luz dos supremos valores burgueses pelo que o ideal do Estado de Direito era a garantia do primado da tríade de índole burguesa “liberdade”, “segurança” e “propriedade”⁸⁰, que deveria ser alcançado através da nítida separação entre o Estado e a sociedade, onde o Estado deveria intervir apenas minimamente para a garantia da paz social, da segurança e da proteção dos direitos e liberdades individuais, deixando a economia caminhar por suas próprias leis de livre mercado.⁸¹

Com efeito, direitos fundamentais, na concepção liberal⁸², eram sobretudo “*liberdades negativas*”⁸³, ligadas ao homem na sua dimensão individual, como ser isolado (e não na sua dimensão relacional)⁸⁴, como a liberdade de consciência e a liberdade pessoal, que não exigiam qualquer intervenção do Estado para a sua realização, mas sim a abstenção deste, a exemplo também da inviolabilidade de domicílio, do sigilo de correspondência e do mais absoluto dos

⁷⁸ A consagração constitucional dos direitos fundamentais deveria ser acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição relativamente ao poder legislativo ordinário para que houvesse plena limitação de todos os poderes do Estado. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 77.

⁷⁹ Nas palavras de Jorge Reis Novais, “o conteúdo essencial do Estado de Direito” não reside na submissão da Administração à Lei, mas sim nos “fins últimos visados por esta submissão, ou seja, o reconhecimento de uma esfera de autonomia onde os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado, a esfera dos direitos fundamentais”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 76.

⁸⁰ Embora nem todos os direitos buscados nas manifestações populares tivessem sido alcançados, o Estado passou a reconhecer em favor do indivíduo os direitos de liberdade, segurança e propriedade, proporcionando um espaço de conformação ao homem. “Iniciativa privada”, “segurança”, “propriedade” eram, pois, para a burguesia, os valores supremos que deveriam nortear a interpretação do núcleo de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 73.

⁸¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 21/22.

⁸² Como anota José Carlos Vieira de Andrade, “os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível de se intrometer na vida económica e social, como na vida pessoal.” Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 51.

⁸³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2ªed., revista e reformulada, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pág. 64.

⁸⁴ Segundo Jorge Reis Novais, os direitos do homem enquanto ser relacional como a liberdade de culto, a liberdade de associação e a liberdade de reunião eram simplesmente negados ou, quando muito, tolerados com desconfiança e, ainda assim, com a condição de que permanecessem restritos à área social e não adquirissem dimensão política. Assim, direitos hoje considerados ligados à dignidade da pessoa humana, como a liberdade sindical e o direito à greve eram, àquela altura, qualificados como crimes. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 23, 24.

direitos na concepção liberal-burguesa, o da inviolabilidade do direito de propriedade. Sua função era, assim, preservar as esferas de autonomia do indivíduo frente ao Estado⁸⁵.

Por outro lado, a ideia da separação de poderes surgiu como contraponto a principal característica do modelo anterior absolutista de Estado⁸⁶, qual seja, o regime de concentração de poderes nas mãos do Soberano, cujas práticas de abuso seriam inevitáveis, como também incontornável seria a impossibilidade de resistência as tais práticas.

Basicamente, a ideia era repartir os poderes ou as funções legislativas, executivas e judiciárias, antes concentradas numa única pessoa, por diferentes titulares, de forma que, buscando um equilíbrio através de uma colaboração recíproca entre eles, cada um pudesse ser uma resistência contra os abusos dos titulares dos outros poderes e assim proteger⁸⁷ os direitos e as liberdades individuais.

Na concepção liberal de repartição de poderes, porém, o poder legislativo, na condição de representante da vontade soberana do povo, sobrepôs-se aos demais poderes através do império da lei e do princípio da legalidade. A limitação do Estado confundia-se com a subordinação do executivo⁸⁸ e do

⁸⁵ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 23.

⁸⁶ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “foi a intensão de enfraquecer o poder do Estado complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação.” Cf. DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21ª ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 218.

⁸⁷ Citando Montesquieu, afirma Jorge Reis Novais que “*perante a inevitável tendência para o abuso do poder da parte do seu titular, a liberdade individual só ficaria protegida caso o poder não estivesse concentrado.*” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 25.

⁸⁸ Essa subordinação não era em termos de responsabilidade política, mas era uma subordinação da administração à lei para atender os interesses da burguesia quanto a assegurar que os direitos individuais, nomeadamente a liberdade e a propriedade, não fossem invalidados e desrespeitados pela administração. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 94/95.

judiciário⁸⁹ ao legislativo, ao passo que a submissão ao Direito se confundia com o império da lei emanada do Parlamento.⁹⁰

Com efeito, somente a lei geral e abstrata, aprovada pelo Parlamento, representava a vontade geral e poderia proporcionar a realização da justiça, da liberdade e garantir igualdade⁹¹ e segurança ao ser aplicada a todos, indistintamente, evitando discriminações, privilégios individuais e abusos do governo. Por outro lado, a criação da chamada justiça administrativa possibilitava aos particulares recorrerem aos tribunais ante eventuais ilegalidades cometidas pela Administração.

Contudo, os ideais de direito e justiça propagados pela classe burguesa à época dos movimentos revolucionários, antes de chegar ao poder, portanto, como ideais comuns e universais a todos os homens⁹², já não mais o seriam após apoderar-se do controle político da sociedade⁹³.

O despertar da consciência das liberdades políticas fora substituído pelo receio de que o alargamento dos direitos fundamentais ao povo, especialmente os direitos políticos, compromettesse o que para a burguesia era considerado o mais importante dos direitos, o direito de propriedade, cuja titularidade era condição

⁸⁹ O poder judicial era considerado um poder nulo, em que os juízes eram *“tão só a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor”*. No entanto, esse caráter nulo não significava falta de relevância do poder judicial no sistema de divisão de poderes de Montesquieu, pois a independência judicial era fundamental *para a conservação de uma ordem equilibrada*. O que ocorre, contudo, é que essa independência judicial significava uma total subordinação do juiz à lei como única forma de evitar pressões exteriores sobre sua função e, assim, ser, verdadeiramente independente. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., págs. 87 e 94.

⁹⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 74.

⁹¹ A busca por uma igualdade garantida formalmente na lei era uma preocupação ínsita com a instauração do Estado de Direito liberal como contraponto aos privilégios de origem estamental. Contudo, o conceito liberal de igualdade possuía 2 vertentes: a primeira, associada ao plano da aplicação da lei; e a segunda, associada ao plano da criação da lei. No primeiro plano, o princípio da igualdade significava igualdade na aplicação da lei, pois o que importava era garantir que a lei fosse aplicada a todos os seus destinatários de forma igual, sem discriminações, sem fazer distinções de posição social, títulos ou convicções. No segundo plano, da criação da lei, as exigências de igualdade se satisfaziam primeiro com a participação igual de todos os cidadãos na elaboração da lei; e depois, *com as garantias de generalidade e abstração da lei*, características tidas como suficientes para garantir a justiça da lei e a liberdade. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 102-103.

⁹² Como já mencionado, o Estado de Direito, resultado dos movimentos liberais, nasceu marcado pelas concepções ideológicas liberais adotadas pela burguesia que, à época, em crescente ascensão, fez o povo despertar para a consciência de suas liberdades políticas e generalizou seus ideais de classe burguesa como ideais de todos os homens. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., 2014, pág. 42.

⁹³ Para Paulo Bonavides, *“foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno”*. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., , pág. 42.

para o exercício pleno de muitos outros direitos fundamentais, designadamente o direito ao voto e os demais direitos de participação política⁹⁴.

A afirmação da igualdade neste contexto passou a ficar reduzido aos termos da lei, haja vista que os direitos políticos ficaram adstritos apenas aos cidadãos-proprietários (voto censitário)⁹⁵, excluindo, conseqüentemente, a grande maioria da população de participar da vida pública e influenciar a elaboração das normas a que estaria sujeita.

Ademais, a lei, “igual” para todos em direitos e deveres⁹⁶, findava por não fazer diferenciações de ordem material e tratava da mesma forma aqueles que, à partida, eram substancialmente diferentes, legitimando situações de injustiça e desigualdade ao deixar os mais fracos à mercê dos abusos dos mais fortes.⁹⁷

A intenção material do Estado de Direito fora, assim, sufocada pela procura da subordinação da Administração à Lei, reduzindo o Estado de Direito a Estado que age na forma da lei, independentemente do seu conteúdo⁹⁸. O positivismo tornou-se assim a ‘filosofia dos juristas’⁹⁹. O direito, reduzido a um conjunto de normas em vigor, encontrava justificação em sua própria existência, condição suficiente para legitimar a ordem estabelecida, inclusive governos autocráticos, completamente despidos de valores éticos e de justiça além da lei.¹⁰⁰

⁹⁴ “O voto censitário e as posteriores leis que proibiam greves e formação de associações de trabalhadores transformaram a França num Estado burguês. Eliminaram-se os privilégios aristocráticos, substituindo-os por restrições econômicas à maioria da população. Separava-se, assim, a burguesia do terceiro estado.” Cf. CLÁUDIO VICENTINO e GIANPAOLO DORIGO, *História para o ensino médio: História Geral e do Brasil*, op. cit., págs. 295.

⁹⁵ Voto censitário era o voto pertinente aos “cidadãos”, assim considerados apenas os homens, brancos, proprietários e os letrados. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 103.

⁹⁶ Na realidade, a igualdade se revelava uma contradição: a uma, porque “cidadãos, como mencionado anteriormente, eram apenas os homens, brancos, proprietários e os letrados; a duas, porque também havia uma discriminação em função de categorias de pessoas: negros, mulheres e professores de certa religião.

⁹⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 103.

⁹⁸ Essa concepção reducionista de Estado de Direito a Estado onde vigorava o princípio da legalidade da Administração criou “as condições de compatibilização teórica do conceito com qualquer tipo de Estado”, tornando-se perigo de fundamento para a instalação de Estados autoritários, como os Estados autocráticos do século XX, onde o vínculo entre lei e garantia da liberdade foram quebrados e a ideia de Estado de Direito distorcidamente manipulada para justificar o completo desrespeito às garantias e liberdades individuais. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 29.

⁹⁹ Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., pág. 275.

¹⁰⁰ Conforme aduz Luís Roberto Barroso, o positivismo jurídico custou um alto preço à humanidade ao conferir legitimação a governos autoritários que, em nome da lei, promoveram barbáries. Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., pág. 275-276.

Desta forma, não se pode se furta do reconhecimento de que os primórdios do Estado de Direito, em sua vertente tipicamente liberal, resultou incapaz de atender em sua plenitude a figura do indivíduo¹⁰¹.

Isto porque os princípios do Estado Liberal, como concebidos pela burguesia que aflorou das revoluções, sobretudo a francesa, fundado nos pressupostos do império da lei, da igualdade que se limitava a proibir discriminações, de forte separação entre Estado e sociedade, no ideal de Estado mínimo e abstencionista respeitador da autonomia e da livre iniciativa dos indivíduos, onde a vida econômica deveria caminhar por suas próprias leis e o Estado deveria limitar-se a garantir apenas a segurança, a liberdade e a propriedade dos cidadãos¹⁰², mostrou-se incapaz de atender as necessidades básicas do indivíduo.

A bem da verdade, ainda que estes pilares, liberdade, segurança e propriedade, fossem - e ainda sejam - essenciais para existência do indivíduo, a evolução da sociedade revelou que estas "bandeiras" por si sós eram incapazes de conferir ao indivíduo uma existência razoável, com possibilidade de agir em condições materiais de igualdade¹⁰³.

Para ser mais fiel aos acontecimentos do século XIX, constatou-se que as carências sociais experimentadas pela grande maioria da população tornava sem relevância a garantia de proteção e igualdade perante a lei prometida pelo recém inaugurado Estado de Direito¹⁰⁴ e conduziu à conclusão que a simples proibição legal de discriminação e a vedação à desigualdade não eram suficientes para promover uma igualdade fática.

¹⁰¹ Paulo Bonavides destaca que as conquistas do Estado Liberal acabaram por ser de alcance incompleto, haja vista que a maior beneficiada foi apenas a classe burguesa, a qual passara a desfrutar das limitações do Estado em face do indivíduo. Cf. PAULO BONAVIDES, *História Constitucional do Brasil*, 4ª ed., Brasília, OAB Editora, 2002, pág. 102.

¹⁰² Jorge Miranda destaca que a ordem liberal tem duas características fundamentais: "a postura individualista abstrata" e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV*, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 30.

¹⁰³ Acerca da igualdade como alvo a ser conquistado na Revolução Francesa, cf. SUZANA ANTAS VIDEIRA, op. cit., pág. 65.

¹⁰⁴ Segundo Jorge Miranda, as características iniciais do Estado Liberal se amoldavam às pretensões da burguesia, a qual teria conquistado, no todo ou em parte, o poder político e econômico. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, o Estado e os Sistemas Constitucionais*, Tomo I. 10ª edição, rev. e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 98-99.

De fato, o século XIX, sobretudo no contexto europeu, foi marcado por incontáveis manifestações e insurgências resultantes das péssimas condições de trabalho, de saúde, de educação e, de uma forma geral, de sobrevivência do indivíduo, sendo de destacar a publicação do manifesto comunista e a manifestação da Igreja Católica através da Encíclica *Rerum Novarum*¹⁰⁵.

Em meio a tanta disparidade nas relações entre os indivíduos¹⁰⁶, deve-se destacar, também, que a compreensão da dignidade do homem no pensamento de Immanuel Kant, até então desconhecida em sua essência nas ideias políticas, dinamizou ainda mais a necessidade de o Estado assistir o indivíduo no alcance de suas necessidades mais básicas¹⁰⁷.

Na medida em que o homem passou a ser visto como um sujeito de valor intrínseco, era necessário criar, nas palavras de Jorge Miranda, “condições de liberdade”¹⁰⁸. Assim, não mais seria suficiente a concepção jurídica da liberdade, sendo necessária a materialização destes atributos para alcançar uma liberdade de fato, verdadeira e real.

Estas necessidades experimentadas pelo indivíduo, diante das carências mais diversas, deixaram de ser apenas vividas e passaram, com o alargamento do sufrágio, a ser consideradas, reduzindo de forma sensível a distância entre o Estado e o indivíduo, sobretudo pelo surgimento de legislações que visavam conferir alguma proteção ao trabalhador¹⁰⁹.

¹⁰⁵Ao destacar as críticas ideológicas ao liberalismo, na perspectiva do estudo da pessoa humana, Paulo Otero afirma que a Igreja Católica, através da Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, revelou uma insurgência contra “a situação de exploração dos operários e a pobreza gerada pelo liberalismo”. Inobstante isto, pelo mesmo documento, o Papa Leão XIII posicionou-se contrário às “ideias socialistas contrárias à propriedade privada”. Assim agindo, a Igreja Católica, através desta Encíclica deu início à edificação da “doutrina social da Igreja”, inaugurando uma nova era da própria Igreja, a partir de quando se passou a considerar a própria “questão social”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 292.

¹⁰⁶De acordo com Susana Videira, na visão de Condorcet havia uma distância grande entre um grupo de indivíduos que dispunha de meios e recursos capazes de proporcionar segurança pessoal diante das infelicidades da vida e aqueles que sequer possuíam meios de subsistência. Desta forma, Condorcet compreendia que o Estado deveria atuar com vistas a “inverter o infortúnio”, ou seja, reduzindo as desigualdades entre proprietários e trabalhadores mediante a compensação por outros meios àqueles que não dispusessem de bens de raiz e a segurança por eles proporcionada. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no século XIX...*, *op.cit.*, pág. 232.

¹⁰⁷Reconhecendo a influência decisiva de Kant como “o maior filósofo do iluminismo”, Jorge Miranda pontua sua contribuição fundamental para a definição da dignidade da pessoa humana. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV...*, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁰⁸Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV...*, *op. cit.*, pág. 35.

¹⁰⁹Sobre a origem do Estado Social e a constitucionalização dos direitos sociais, como esclarece Carlos Blanco de Moraes, no final do século XIX, na Alemanha, o Estado Social teria surgido com a positivação dos direitos nas Leis Ordinárias, as quais dispunham sobre a obrigação do Estado na

Em meio a este novo momento, quando o Estado passou a considerar e a se responsabilizar por oportunizar condições efetivas de liberdade, o Estado de Direito avançou, surgindo o Estado Social, o qual, na definição de Jorge Reis Novais, consistiria em “herdeiro e continuador” do Estado Liberal¹¹⁰.

realização de prestações em favor do cidadão. Convém esclarecer, contudo, que reconhecidos apenas na Lei Ordinária, os direitos sociais tinham natureza precária, razão pela qual apenas com a constitucionalização destes direitos em textos rígidos foi que as pretensões sociais passaram a desfrutar do caráter de fundamentalidade, garantindo o indivíduo contra alterações do dever do Estado em razão de modificações da gestão governamental por ideologia político-partidária. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Curso de Direito Constitucional..., op. cit. pág. 117.

¹¹⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, págs. 24, 25. No mesmo sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 31.

5. O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O INDIVÍDUO.

Neste novo momento, diversamente do ocorrido nos períodos anteriores no curso evolutivo do Estado, o modelo de Estado não avançou por meio de um rompimento em face do sistema antecedente¹¹¹. Ao contrário, o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, ainda que alcançado mediante manifestos e reivindicações, advém como uma evolução natural do sistema de direitos e deveres inaugurado com a chegada do Estado de Direito, acolhendo e dando continuidade ao seu legado fundamental: limitação jurídica do Estado, direitos fundamentais¹¹² e divisão de poderes.

A realidade social do século XIX revelava um antagonismo inquietante. Apesar de constar o direito à liberdade como um direito garantido por meio da lei, a maioria da população não desfrutava do exercício daquele direito¹¹³, razão pela qual havia uma generalizada insatisfação em meio à sociedade. Esta insatisfação, em grande parte, estava relacionada à divisão de classe que colocava em lados diversos e, por vezes opostos, a própria sociedade, proporcionando pleno acesso e melhores condições a uns em detrimento de uma completa falta de oportunidades a outros.¹¹⁴

De uma forma geral, não havia qualquer preocupação em proporcionar uma mínima igualdade material entre os indivíduos na sociedade. A simples vedação a discriminações e a proibição da desigualdade não se revelaram suficientes para promover uma igualdade efetiva, razão pela qual a grande reclamação contra o Estado Liberal residia na ausência de condições de igualdade suficientes para o exercício da liberdade.

¹¹¹ Jorge Miranda destaca que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi uma sucessão “*sem solução de continuidade*”, caracterizada pela ampliação e aprofundamento simultâneo da “liberdade e da igualdade em sentido social”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo I...*, op. cit., pág. 107.

¹¹² Segundo Paulo Otero, o “Estado de direitos fundamentais... se trata de um Estado baseado no homem e ao serviço do homem”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra. 2007. Página 61.

¹¹³ Para Konrad Hesse, os direitos fundamentais devem proporcionar uma vida em liberdade e em respeito à dignidade da pessoa humana, concluindo o autor que a liberdade do indivíduo só é exercida quando há condições e capacidade de decidir por si mesmo. Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 33.

¹¹⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, op. cit. Pág. 34.

Para além dessa realidade que não se coadunava com os anseios que motivaram as revoluções liberais¹¹⁵, a ideia de que as pessoas eram dotadas de dignidade já permeava o pensamento da época, tornando ainda mais incompreensível e rechaçada a desigualdade social que impedia uma perspectiva de melhor condição de vida aos indivíduos menos favorecidos.

Carentes das mais diversas condições essenciais para a vida humana, a sociedade do século XIX reclamava pelo mínimo necessário para a sobrevivência, passando-se a cobrar do Estado a adoção de medidas com vistas a suprir suas carências mais elementares¹¹⁶, o que levou a uma releitura do princípio da igualdade e a um quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado¹¹⁷.

Com efeito, a falta das condições necessárias que permitissem ao indivíduo auferir de forma autônoma os meios necessários de subsistência, impõe-se ao Estado o dever de favorecer o acesso à educação, saúde, moradia, trabalho, dentre outros bens e serviços indispensáveis.¹¹⁸

A sociedade que era autossuficiente e deveria caminhar por si só, sem interferências do Estado, passou a ser encarada como um objeto que o Estado deveria estruturar, regular e transformar para promover um progresso econômico com a prossecução da igualdade material e da justiça social, elevadas à categoria de

¹¹⁵ Sobre a igualdade pleiteada de “forma proeminente” nas bandeiras da Revolução Francesa, Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no século XIX...*, op.cit., pág.65.

¹¹⁶ Embora fixe o século XIX como antecedente histórico da atividade assistencial do Estado, Jorge Reis Novais destaca que já no século XVII, na Grã-Bretanha, através das “*poor laws*”, já havia uma tentativa de “organizar a assistência social de forma sistemática”. Contudo, segundo o autor, foi somente nos finais do século XIX, com o “impulso conjugado das lutas populares e de intenções políticas de reforma social”, que a generalidade dos países europeus passou a adotar medidas de proteção ao trabalhador, diante do “capitalismo selvagem”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., pág. 180.

¹¹⁷ Essa repaginação no pensamento do século XIX tivera grande influencia, especialmente nos países europeus, da Encíclica *Rerum Novarum*, por meio da qual foram lancadas profundas reflexões sobre o valor da pessoa humana e os próprios deveres do Estado. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no século XIX...*, op.cit., págs. 724-728.

¹¹⁸ Cf. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUNO, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, pág. 193. Nesse mesmo sentido, destaca Paulo Bonavides, “quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimentos, provê necessidades individuais, enfrenta crises económicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio económico, político e social, em suma, estende sua influencia a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.” Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit. pág. 186.

fins essenciais do novo modelo de Estado que agora passa a se afirmar como Estado social.¹¹⁹

A compreensão dos direitos sociais como elemento indispensável para a garantia da igualdade efetiva, sem a qual restava prejudicado o exercício da liberdade, passando o Estado, assim, a ter o dever de tomar medidas com vistas a prossecução das condições materiais de igualdade, livre desenvolvimento da personalidade e existência digna para o indivíduo, acabou por provocar sensível alteração no conceito de Estado¹²⁰.

Desta forma, ao lado dos direitos e liberdades chamadas clássicas, passaram a ser reconhecidos também como direitos fundamentais, com a sua positivação¹²¹ nos textos constitucionais, os chamados direitos sociais¹²², cuja

¹¹⁹ Na perspectiva da evolução do próprio pensamento liberal, destaca Susan Videira que o liberalismo acabou por fazer “a apologia do Estado Social”, na medida em que legislou sobre esta parcela dos direitos, atuando na criação de serviços que se destinavam a satisfazerem as expectativas sociais. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no século XIX...*, op.cit., pág.65. Como esclarece Jorge Reis Novais, a conceituação de Estado Social não deve ser compreendida como “socialização” ou “coletivização”, mas sim entendida na perspectiva política, relacionada à evolução constitucional do Estado Liberal para o Estado de Direito Social. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pág. 25.

¹²⁰ Como destaca Jorge Reis Novais, “o alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões da resposta do Estado Social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições económicas e sociais da época, não havia verdadeira protecção da liberdade e autonomia do cidadão (e não já apenas do cidadão-burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social.” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, op. cit., pág. 67.

¹²¹ Para Jorge Reis Novais, a constitucionalização do novo modelo de Estado, social, ocorre com a positivação de direitos sociais nos textos das Constituições mexicanas de 1917 e de Weimar em 1919 e acompanhados, posteriormente, por diversas Constituições após a segunda grande guerra. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 30. Ver também JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, op. cit., pág. 68. Já Catarina Botelho dos Santos aponta como marco histórico da mudança do Estado Liberal para o Estado Social o período após a segunda guerra. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em tempos de crise*, Coimbra, Almedina, 2015, pág.96.

¹²² Os direitos sociais, na definição de Jorge Reis Novais, seriam os direitos que protegem bens de natureza essencialmente económica, social, ambiental ou cultural e que estão associados materialmente às necessidades vitais da pessoa e ao princípio da dignidade da pessoa humana, tais como um direito a um mínimo existencial (ou direito a um mínimo para uma existência condigna); um direito à saúde (ou à protecção da saúde); um direito à habitação (ou a uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação). Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, op. cit., págs.46 50 e 51. São direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 32. Para Paulo Bonavides, “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.” Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., pág. 203.

realização exige não apenas uma abstenção do Estado, mas uma intervenção positiva material para lhes conferir existência.

Caberia, assim, ao Estado não só proclamar a existência das liberdades negativas, mas também assegurar as condições de uma igualdade material no seu exercício entre todos os cidadãos, através da correspondente ação política transformadora¹²³ a concretizar uma existência digna ao indivíduo.

A exigência por condições dignas de vida e redução das desigualdades tomava maiores proporções ante à difusão da ideia de dignidade de todos que não mais admitia que apenas alguns possuíssem condições de exercer a liberdade conferida pelo Estado. Tornava-se, assim, fundamental que o Estado proporcionasse os meios e recursos necessários para que a melhoria da condição humana propiciasse o acesso e o exercício de todos aos direitos de liberdade¹²⁴.

Por outro lado, o poder judicial ganha força e relevância como instrumento necessário à preservação dos direitos fundamentais e garantias constitucionais – normas superiores às leis ordinárias - através do controle de conformidade constitucional das leis e atos políticos realizados por tribunais comuns ou por especializados tribunais constitucionais.¹²⁵

É bem verdade que esse controle de conformidade constitucional das leis e atos políticos realizados pelo Estado na defesa dos direitos do indivíduo fora reconhecido no início do século XIX, através do julgamento da Suprema Corte

¹²³ Assim, o Estado, antes abstencionista, passa a intervir na sociedade através de uma política econômica intervencionista, da providência das condições de existência vital aos cidadãos, da prestação de bens e serviços e criação de infra-estruturas materiais, num processo de “estadualização da sociedade”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 31.

¹²⁴ Robert Alexy reconhece que o ponto primordial do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais reside no próprio direito de liberdade. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª ed., alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela *Suhrkamp Verlag* (2006), 2ª ed. – 3ª reimpressão, São Paulo, Malheiros, 2014, pág. 503. O grande desafio estava em proporcionar condições de liberdade de fato e não apenas jurídica, uma vez que esta não viabilizava o acesso a melhores condições de vida aos menos favorecidos. Como destaca Jorge Miranda, a liberdade jurídica não seria suficiente, sendo primordial criar condições de liberdade, pois a diminuição da liberdade, civil ou política, de uns, acarretava uma redução da liberdade de todos. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., pág. 35.

¹²⁵ Segundo Jorge Reis Novais, com a exigência de controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais é que se dá “o surgimento generalizado da justiça constitucional como espécie de coroamento do edifício de garantias do Estado de Direito e as preocupações com a institucionalização de mecanismos que garantam uma tutela plena e efectiva contra quaisquer agressões aos direitos fundamentais”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., págs. 35, 36.

americana, na conhecida decisão do juiz Marshall¹²⁶. Entretanto, mais de um século e meio depois, com o alargamento e a nova compreensão dos direitos fundamentais, achava-se ainda mais fortalecida a ideia da Constituição como documento de natureza jurídica¹²⁷, impondo ao Estado o dever de uma efetiva atuação na defesa e proteção desses direitos, incluindo contra a vontade do próprio legislador democrático¹²⁸.

A relação indivíduo-Estado passa a ter uma nova perspectiva de concepção decorrente do reposicionamento do indivíduo frente ao Estado ante a assunção do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do qual a condição de vida da pessoa humana desempenha um papel fundamental nos fins do Estado de Direito¹²⁹.

O indivíduo já não mais existia em razão do Estado, mas o Estado em função do indivíduo. Estabelecido o Estado como responsável por garantir os direitos fundamentais¹³⁰ do indivíduo, surge a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos capazes de preservar esses direitos¹³¹.

¹²⁶ A visão de superioridade das normas constitucionais sobre as demais normas já era presente nas ideias jurídico-políticas do século XVIII, tanto que, Adhemar Ferreira Maciel, ao se referir à Constituição americana, destaca que “a questão era tão pacífica e consensual entre os constituintes que se deixou de colocar expressamente na Constituição”. Cf. ADHEMAR FERREIRA MACIEL, *O Bill of Rights* americano: reflexos no direito constitucional brasileiro, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, pág. 80.

¹²⁷ Somente após a segunda guerra mundial, especialmente com as ações da Alemanha nazista respaldadas pela letra da lei, é que os países europeus reconheceram que o Estado de legalidade, voltado para a restrita obediência à letra da lei, não resguardava os direitos fundamentais do cidadão. Diante do dilema, a Constituição que até então era compreendida como um documento político, de caráter simbólico, passa a ter relevância no ordenamento jurídico, aplicando-se como base e fundamento para as demais normas, as quais lhe deviam conformidade e obediência. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 31, bem como JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, op. cit., pág. 69. No mesmo sentido, cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., pág. 296.

¹²⁸ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, op. cit., pág. 69.

¹²⁹ Jorge Reis Novais conceitua Estado de Direito como sendo “um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham papel essencial” e não simplesmente um Estado onde impera a lei e a legalidade”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 17.

¹³⁰ Na sequência de conceitos, Jorge Reis Novais considera os direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais, ou seja, “garantias que foram elevadas à natureza de normas constitucionais, não apenas como reflexo simbólico da referida vinculação material do Estado, mas também, e precisamente, para vincar e lhes conferir uma supremacia de natureza jurídica, formal, vinculativa dos poderes públicos constituídos.” Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pág. 17.

¹³¹ José de Melo Alexandrino, ao abordar o processo de positivação, institucionalização e garantia dos direitos, destaca que a evolução do Estado moderno se funda em “quatro linhas”: “positivação dos

Diante dessa “revolução constitucional do segundo Estado de Direito”, os direitos fundamentais passaram a ter primazia na estrutura e finalidade do Estado, conferindo legitimidade ao próprio ordenamento jurídico, num modelo onde o “Estado avulta menos e a Sociedade mais”¹³². As ideias de igualdade e fraternidade desenvolveram-se e, em harmonia com a liberdade fundamental, deram origem, no dizer de José Carlos Vieira de Andrade, “à falta de melhor designação”, ao Estado-de-Direito Social¹³³.

De forma gradual, os governos passaram a assumir a responsabilidade de garantir o bem-estar da população através de medidas ativas, pelo que o Estado passou a ser definido como Estado de bem-estar social, ou *welfare state*, ou ainda Estado-providência¹³⁴. Esse Estado Social assistencialista que vigorava no período posterior à Segunda Guerra Mundial entrou numa acentuada crise na primeira década do século XXI¹³⁵, razão pela qual o paradigma de “Estado Social prestador” foi substituído pelo do “Estado Social regulador, garantidor e incentivador” que promove a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público¹³⁶.

Não obstante a mudança de paradigma, o Estado Social de Direito, hoje, justifica-se, legitima-se e atua na garantia da dignidade da pessoa humana, da autonomia individual e na promoção e defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos¹³⁷.

direitos na Constituição”; reconhecimento de novos direitos, dentre os quais os direitos sociais; desenvolvimento progressivo do modelo de Estado; e, por último, o aperfeiçoamento dos “mecanismos jurídicos operacionais dirigidos à tutela efectiva dos direitos fundamentais”. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais, Princípiã, 2011, págs. 17,18.

¹³² Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *op. cit.*, pág. 33.

¹³³ Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.* Pág. 69.

¹³⁴ Estado de bem-estar social, ou *welfare state*, é um modelo de governo no qual o Estado se compromete a garantir o bem-estar econômico e social da população. Também é chamado de Estado-providência, pois nele o governo adota medidas ativas para proteger a saúde e o bem-estar geral dos cidadãos, especialmente aqueles em necessidade financeira. O objetivo do Estado de bem-estar social é assegurar aos cidadãos a igualdade de oportunidades e a distribuição justa das riquezas, responsabilizando-se pelos indivíduos que não possuem condições para manter uma vida digna através da distribuição de subsídios, pensões, bolsas, seguros, concessões e outras medidas como as ações afirmativas e o sistema de cotas.

¹³⁵ Cf., CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pág. 133-134.

¹³⁶ José Carlos Vieira de Andrade afirma que a falência do Estado-Providência não é apenas financeira, pois o que está em causa é o próprio paradigma de intervenção estadual, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas coletivistas.” Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.* Pág. 65.

¹³⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, pág.54. Segundo Perez Luño, no curso da evolução do Estado, os direitos fundamentais

É nesse contexto de anseio pela redução das desigualdades e pela concretização da dignidade da pessoa humana por meio de uma atuação positiva do Estado que emergem as chamadas “ações afirmativas”. Desde a primeira implantação oficial em 26 de janeiro de 1950 com a Constituição indiana, passaram-se 69 anos de experiência mundo a fora, sobre a qual será pautada a questão que aqui se pretende investigar: se as ações afirmativas, na sua modalidade “racial” como sistema cotas, concretiza, ou não, o princípio da dignidade da pessoa humana.

funcionam, atualmente, como conjunto de valores a definir “*la acción positiva de los poderes públicos*”, deixando de ser apenas garantias negativas dos interesses individuais. Cf. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUNO, *op. cit.*, pág. 21. Como destaca José Carlos Vieira de Andrade, “há, contudo, um momento comum, característico e caracterizador da ideia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, que é a proteção da dignidade da pessoa contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade. Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito; sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades de garantia da dignidade pessoal, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais. Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 68.

CAPÍTULO 02

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Perquirir a origem da ideia e perceber o modo como evoluíram as ações afirmativas faz parte desse estudo que ao final pretende responder se as ações afirmativas, na sua modalidade “racial” como sistema cotas, concretiza, ou não, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, vale destacar que a procura por um significado original para o conceito de ação afirmativa dentro de um contexto fático na história revela que muitas vezes o conteúdo pode existir antes do nome que expressa¹³⁸, ou seja, é possível que conceitos surjam antes das palavras associadas a seus significados¹³⁹, não sendo diferente, ao que tudo indica, o caso das Ações Afirmativas.

Antes, pois, que a expressão fosse empregada oficialmente num estatuto legal, medidas ou políticas foram adotadas por parte do Estado em diferentes contextos e em diversas partes do mundo com o fim de promover, de uma forma geral, pelo menos teoricamente¹⁴⁰, uma de três justificações: reparação, justiça distributiva e diversidade.¹⁴¹

Neste trabalho, serão abordadas as experiências internacionais mais pertinentes e relevantes quanto a implantação das ações afirmativas, designadamente a experiência dos Estados Unidos da América, por seu relevante significado e determinante influência na implantação do modelo de ações

¹³⁸ Cf., Lucien Febvre, *Pour une Histoire à part entire*, apud FRANCISCO BETHENCOURT, Racismos: Das cruzadas ao século XX, 1ª ed., Temas e Debates – Círculo de Leitores, Lisboa, 2015, pág. 20.

¹³⁹ Cf. Reinhart Koselleck, “A response to comments on the *Geschichtliche Grundbegriffe*”, in LEHMANN, Hartmut e RICHTER, Melvin (orgs.). *The meaning of historical terms and concepts: new studies on Begriffsgeschichte*. Washington: German Historical Institute, 1996, pp.59-70, apud JOÃO FERES JÚNIOR... (et al.), *Ação afirmativa: conceito, história e debates*, Rio de Janeiro, EdUERJ, 2018, pág.15.

¹⁴⁰ Para Thomas Sowell, a maioria dos posicionamentos contra ou a favor das ações afirmativas são principalmente contra ou a favor de sua teoria, haja vista que a questão empírica do que realmente acontece como resultado das políticas de ação afirmativa não tem despertado quase nenhuma atenção, fazendo com que suposições, crenças e justificativas dominem as controvérsias em todo o mundo. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 20.

¹⁴¹ Segundo João Feres Júnior, reparação, justiça distributiva e diversidade são os três argumentos historicamente utilizados para justificar as políticas de ação afirmativa não só no Brasil, mas em qualquer país onde são empregadas. Nem sempre os três argumentos estão presentes em determinado momento histórico, com também nem sempre os argumentos presentes possuem a mesma força em cada discurso, mas onde quer que a ação afirmativa tenha sido implantada, pelo menos um desses argumentos foi usado em sua justificação pública. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR... (et al.), *Ação Afirmativa: conceito, história e debates*, Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018, pág. 28.

afirmativas raciais no Brasil, e a experiência da Índia, não só por ter sido o primeiro país a institucionalizar constitucionalmente medidas de discriminação positiva, mas, principalmente, pela experiência particularmente relevante de sua história na perspectiva das consequências reais dos programas de ação afirmativa étnico-raciais, sobretudo para o contexto brasileiro.

Aliás, as lições que podem ser tomadas a partir da experiência da Índia com ações afirmativas são incontestáveis, afinal, *aqueles que se recusam a dar atenção à história, serão forçados a repeti-la*¹⁴². O que hoje se vê é que muito da história da ação afirmativa na Índia já começa a ser repetida no Brasil, cumprindo o prognóstico de Thomas Sowell¹⁴³. Este caso será, assim, abordado na última parte deste capítulo.

Desde já, é importante notar que a definição de ação afirmativa adotada no presente trabalho não se restringe à ação afirmativa de cunho étnico-racial, pois o critério para definição do grupo beneficiado pode ou não ser dessa natureza. Para este trabalho, será considerado como ações afirmativas “todo programa, público ou privado, que tem objetivo conferir recursos ou direitos especiais para membros de um grupo social considerado desfavorecido”¹⁴⁴, do qual a “raça” é apenas uma categoria em tais políticas.

É de se mencionar que, especificamente com relação à “raça”, a legislação brasileira, através da Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, conceitua ações afirmativas, estabelecendo, no artigo 1º, parágrafo único, V, que são consideradas ações afirmativas “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.”¹⁴⁵

Também convém registrar que o trabalho seguirá, apreciando em linhas gerais, as ações afirmativas raciais na perspectiva dos “negros” ou afrodescendentes, haja vista que esse é o grupo utilizado com mais frequência e com

¹⁴² Thomas Sowell faz uma paráfrase do filósofo espanhol Jorge Santayana, “quem não conhece o passado, está condenado a repeti-lo”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 79.

¹⁴³ Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 79.

¹⁴⁴ Cf. JOÃO FERES JÚNIOR... (et al.), *Ação afirmativa: conceito, história e debates*, *op.cit.*, pág. 13.

¹⁴⁵ Cf., Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em 30 de maio de 2019.

mais destaque como justificativa para as políticas de ação afirmativa, por mais que tais políticas tenham sido estendidas a outros.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Urge lembrar que, no Brasil, a legislação alocou na categoria dos “negros”, os “pretos” e os “pardos”. Lei 12.288/2010, artigo 1º, parágrafo único: “Para efeito deste Estatuto (...) IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em 01 de junho de 2019.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: BREVES APONTAMENTOS QUANTO À SUA CONCEPÇÃO.

“A história dos negros nos EUA foi praticamente virada de cabeça para baixo pelos advogados da ação afirmativa. A evidência empírica é clara ao mostrar que a maioria dos negros pobres saiu da pobreza por esforço próprio na década que precedeu a revolução dos direitos civis dos anos 1960 e o início da ação afirmativa nos anos 1970. Contudo, a falsa interpretação política do que ocorreu – por líderes e amigos dos negros – foi tão permeável que aquelas conquistas foram completamente soterradas na consciência pública. Em vez de merecerem o respeito que os outros grupos granjearam pelo esforço despendido para emergir da pobreza, os negros são geralmente encarados, por amigos e críticos, como aqueles que devem seu progresso à generosidade do governo.”¹⁴⁷

De acordo com Thomas Sowell, políticas oficiais de grupos de preferências remontam à história antiga da América do Norte. Com efeito, assim como os negros, a população nativa de índios americanos também ficou sujeita a discriminações por meio de leis e políticas em benefício da maioria branca, da mesma forma que imigrantes chineses e japoneses. Contudo, a primeira política preferencial oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos surgiu em 1830, quando os índios americanos passaram a ter preferência na contratação para emprego na Agência que regulava as questões indígenas¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cf., Thomas Sowell, *op. cit.*, pág. 247.

¹⁴⁸ Segundo Thomas Sowell, essa fora a primeira política preferencial oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos, bem antes que fossem rechaçadas as leis que estabeleciam a discriminação racial. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 154.

Um pouco mais tarde, com o fim da guerra civil em 1865, durante a chamada “Era da Reconstrução”¹⁴⁹, a aprovação da 13ª Emenda à Constituição¹⁵⁰ pôs fim à escravidão no país como um todo. Após a libertação dos escravos, o Estado americano adotou uma postura de responsabilidade pelos libertos e criou um órgão federal, o *Freedmen’s Bureau*¹⁵¹, com o fim de proporcionar uma assistência aos milhões de ex-escravos negros e brancos pobres, especificamente no Sul após a guerra civil.

O “gabinete dos homens livres” adotou medidas como o fornecimento de roupas, alimentos, água, assistência médica, educação, assistência legal, bem como garantiu registro de identidade, comunicação com parentes dispersos no período da escravidão e emprego, oferecendo-lhes, inclusive, terras para o cultivo, numa política que ficou conhecida como “quatro acres e uma mula”¹⁵².

A adoção de tal política por parte do Estado visava proporcionar ao grupo de ex-escravos afro-americanos condições mínimas para entrar no mercado de trabalho livre e reconstruir uma vida familiar estável, alcançando estabilidade econômica e assegurando liberdades políticas.

¹⁴⁹ A chamada “Era da Reconstrução”, 1865-1877, foi o período que se seguiu à Guerra Civil e durante o qual foram feitas tentativas para reparar as iniquidades da escravidão e seu legado político, social e econômico, bem como resolver os problemas decorrentes da readmissão dos 11 Estados à União após o fim da guerra. Foi um período turbulento, à medida que a nação lutava para reconstruir o Sul e transformar os negros da escravidão em uma sociedade de trabalho livre. Não havia uma tradição de responsabilidade governamental para uma enorme população, ao passo que havia uma grande burocracia para administrar um programa de bem-estar, emprego e reforma agrária. Ainda assim, foram criados os precedentes. Disponível em <https://www.history.com/topics/black-history/freedmens-bureau>. Visualizado em 25 de março de 2019.

¹⁵⁰ “Emenda XIII: “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente.” A 13ª Emenda à Constituição foi a primeira das emendas da chamada Era da Reconstrução e aboliu oficialmente, e continua a proibir, em território americano, a escravatura e a servidão involuntária, essa última exceto como punição por um crime. O Presidente dos Estados Unidos na época da votação era Abraham Lincoln. Cf. CLÁUDIO VICENTINO e GIANPAOLO DORIGO, *História para o ensino médio: História Geral e do Brasil*, op. cit, págs. 362-364.

¹⁵¹ *Freedmen’s Bureau* foi estabelecido por um ato do Congresso em 03 de março de 1865, com previsão temporária para duração de um ano. No entanto, as dificuldades enfrentadas no alcance do propósito levaram renovação do ato até o ano de 1872, quando o Congresso abandonou o programa recusando-se a aprovar a lei que autorizaria sua renovação. Contabilizando seus frutos, o “*Bureau of freedmen*” forneceu alimentos a milhões de pessoas, construiu hospitais e forneceu assistência médica, negociou contratos de trabalho para ex-escravos e resolveu disputas trabalhistas. Também ajudou ex-escravos a legalizar casamentos e localizar parentes perdidos. O departamento também foi fundamental na construção de milhares de escolas para negros e ajudou a fundar faculdades como a Howard University em Washington, DC, Fisk University em Nashville, Tennessee e Hampton University em Hampton, Virgínia. Disponível em <https://www.history.com/topics/black-history/freedmens-bureau>. Visualizado em 25 de março de 2019.

¹⁵² Cf. JOÃO FERES JÚNIOR... (et al.), *Ação Afirmativa: conceito, história e debates*, Rio de Janeiro: EduERJ, 2018, pág. 15.

Contudo, as mudanças implementadas pelo governo após a Guerra Civil anunciaram seu fim em 1872, quando o Congresso recusou aprovar a lei para a renovação do *Freedmen's Bureau*, sendo, nos anos seguintes, completamente anuladas, razão pela qual o departamento não foi capaz de realizar todas as suas iniciativas, nem forneceu proteção de longo prazo aos negros, tampouco foi capaz de garantir qualquer medida real de igualdade “racial”.¹⁵³

Assim, apesar da abolição da escravidão ter ocorrido com a aprovação da 13ª Emenda à Constituição em 1865, aos negros fora concedida apenas “liberdade”, mas não igualdade, pois, na prática, não possuíam o mesmo *status* de cidadão que os brancos¹⁵⁴. Somente em 1868, com a aprovação da 14ª Emenda da Constituição¹⁵⁵, consagrou-se a cláusula da “*equal protection of the Law*”, por meio da qual estabeleceu-se a garantia e proteção da igualdade dos cidadãos perante a lei.

De qualquer sorte com o fim da escravidão, os negros passaram a disputar o mesmo mercado de trabalho, despertando um intenso e crescente ódio por parte dos brancos que começaram a vê-los como concorrentes e também como responsáveis pelas mazelas que estavam a enfrentar.

Frente àquela conjuntura, os Poderes do Estado passaram, então, a praticar de forma institucionalizada a discriminação, difundindo a ideia de que não apenas era correto discriminar, como também era legal e legítimo, o que, por sua vez, era consolidado através de decisões da Suprema Corte ao reconhecerem legítimas e constitucionais as leis que determinavam a separação¹⁵⁶.

¹⁵³ Disponível em <https://www.history.com/topics/black-history/freedmens-bureau>. Visualizado em 25 de março de 2019.

¹⁵⁴ Pouco antes da 13ª emenda, ainda em 1857, a Suprema Corte americana julgou um caso que ficou célebre na história jurídico-político americana. Trata-se do famoso caso Dred Scott, um escravo negro que havia ganhado a liberdade em razão de ter vivido no Estado americano onde a escravidão havia sido abolida. Na ocasião, a Suprema Corte decidiu que Dred Scott, por ser negro, sequer se enquadrava no conceito de cidadão, não tendo, portanto, como ajuizar processo no tribunal. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional... op. cit.*, pág. 185.

¹⁵⁵ A Décima Quarta Emenda Constitucional, aprovada em 1868, estabeleceu o seguinte: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis”.

¹⁵⁶ Esse fato, aliado aos graves efeitos da Guerra Civil, propiciou o surgimento de organizações racistas como a *Ku Klux Klan* e o Conselho dos cidadãos brancos, iniciando a onda de violência contra os negros. As autoridades públicas não só eram omissas quanto à punição cabível, quanto utilizavam as teorias sobre a inferioridade da raça negra para justificar a segregação que se iniciava institucionalizada por meio de leis que legitimavam a discriminação. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-*

Assim, naquele mesmo ano, os mesmos parlamentares que inseriram na Constituição a cláusula da “*equal protection*” aprovaram leis que favoreciam a segregação de negros em escolas, cancelando a criação de instituições de ensino específicas para os negros.

Naquelas condições, os negros passaram a viver num intenso regime de segregação racial e exclusão material, notadamente nos Estados do Sul¹⁵⁷, institucionalizada por meio daquelas leis que não só discriminavam, mas sobretudo legitimavam a segregação, o que acabou criando duas sociedades paralelas: a dos brancos e a dos negros.

Desta forma, embora os negros fossem livres, não eram iguais, pelo que negros e brancos não podiam casar-se entre si, dirigir nas mesmas estradas, usar os mesmos banheiros ou piscinas, nem tampouco os mesmos transportes públicos, as mesmas escolas, os mesmos bebedouros públicos. Aliás, sequer era permitido sentarem na mesma sala de espera ou comer nos mesmos restaurantes, enfim, tudo deveria ter instalações separadas para brancos e negros^{158 159}. Tais leis ficaram conhecidas como “Leis de Jim Crow”¹⁶⁰.

jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 135-136.

¹⁵⁷ No Norte também havia locais segregados, embora não geralmente por meio de leis, mas sim por costumes e imposições sociais.

¹⁵⁸ O pensamento dominante na época era fortemente influenciado pelo evolucionismo e pela teoria de seleção natural de Charles Darwin. Para muitos, o evolucionismo poderia também se aplicar ao comportamento humano, o que foi chamado de darwinismo social. Segundo as mais expressivas concepções dessa corrente, não somente o negro tende a ser visto como ser inferior ao branco na escala da evolução como o mestiço apresenta em si um problema. A explicação ideológica para isso seria a tentativa de desestimular as relações interracialias. Segundo Demétrio Magnoli, nos EUA, “*miscigenação significava degeneração, contaminação racial*”. Acrescenta que “*a lei da Virgínia de 1924, sedimentou, na política e na legislação, a ideia de pureza racial*”. Lá, segundo o autor, “*o mestiço não tem o direito de existir*”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 152.

¹⁵⁹ O tratamento desigual, discriminador e humilhante, era justificado simplesmente em função da raça ou cor de pele do indivíduo - do *ser* negro, e, por isso, inferior aos demais de pele branca. Nesse caso, o efeito estigmatizante em função de sua “raça”, mais do que mera violação do princípio da igualdade, vertente esta sempre exposta em foco, constitui, outrossim, uma violação da própria dignidade da pessoa humana. Conforme assevera Jorge Reis Novais, quando o tratamento desigual vem acompanhado de efeito estigmatizante como, por exemplo, a raça, a etnia, a cor da pele, mais do que mera violação da igualdade será também violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que se está a considerar uma pessoa como ser inferior, como não digna da mesma consideração, respeito e valorização por aquilo que ela é... no caso, por sua cor de pele, simplesmente, negra. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*. – v. 2 v.: *Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 134.

¹⁶⁰ O sistema *Jim Crow*, que se originou da necessidade de controle pelos brancos da massa de negros livres em razão da extinção da escravidão competindo com eles no mercado de trabalho, estabeleceu uma mensagem de inferioridade, fixando espaços diferenciados para negros e brancos. O sistema consistia num regime de segregação imposto aos negros em diversas cidades e estados do sul dos

Como mencionado, a segregação entre negros e brancos contava com o apoio do Poder Judiciário americano em seus diferentes níveis. Assim, nesse contexto de intenso e completo racismo¹⁶¹, segregação e desigualdade, embora frequentes, poucos foram os casos judiciais que chegaram à Suprema Corte. Alguns deles, porém, ganharam notoriedade e contribuíram para construção da política de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Cite-se, por exemplo, um fato ocorrido em um transporte público, trem, no Estado da Louisiana, que deu origem ao chamado caso *Plessy vs. Ferguson*, que chegou à Suprema Corte Americana em 1896. No caso, um homem de pele escura, ou “*colored*”, como eram chamados os negros norteamericanos, chamado Homer Plessy, havia comprado uma passagem de trem para a primeira classe e, quando já estava no vagão, fora abordado pela polícia, porquanto aquela área era reservada às pessoas brancas. Plessy se recusou a sair do vagão e, por isso, foi preso e condenado por violar a lei do Estado que autorizava a reserva de áreas exclusivas para brancos em transportes coletivos.

Apesar da previsão constitucional expressa e inequívoca da décima terceira e décima quinta emendas que vedavam a escravidão e a discriminação, a Suprema Corte decidiu que a separação de negros e brancos em ambientes distintos nos transportes públicos ou privados não violava as hipóteses constitucionais destacadas, uma vez que seria possível alcançar a igualdade de tratamento ao serem fornecidos iguais benefícios pelo governo às diferentes “raças”, ainda que fornecidos separadamente.

Estados Unidos, onde a discriminação fora institucionalizada e estimulada pelo próprio Governo, sendo posta em prática por meio de leis, de atos administrativos e, consolidada pela jurisprudência da própria Suprema Corte. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 136-137. Conferir também sobre a história e o uso do termo “Jim Crow”, DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, p. 119-121.

¹⁶¹ Francisco Bethencourt define racismo como o “preconceito quanto à descendência étnica combinado com ação discriminatória”. Dois são os elementos essenciais na definição de racismo: o primeiro é o preconceito; o segundo, a ação discriminatória. Segundo o autor, “o preconceito associado à descendência étnica não identifica cabalmente o racismo, que exige a presença de ações discriminatórias.” Cf., FRANCISCO BETHENCOURT, *Racismos: Das cruzadas ao século XX*, 1ª ed., Temas e Debates – Círculo de Leitores, Lisboa, 2015, págs. 17, 21 e 27.

A Suprema Corte fixou, então, o entendimento de que a doutrina da igualdade permitiria a separação daqueles que pertencessem a “raças” diferentes¹⁶². Fora, então, criada e consagrada a doutrina dos “iguais, mas separados” (*equal, but separate*), compatível, no entender da Suprema Corte, com a cláusula de igualdade (*equal protection*). A interpretação judicial do caso *Plessy vs. Ferguson* ficou em vigor nos Estados Unidos por muitos anos.

Nesse cenário, os negros continuaram marginalizados na sociedade norte-americana, especialmente no sul do país, onde as políticas de segregação racial encontraram solo fértil na concepção de muitos cidadãos brancos que não aceitavam que negros, recém-libertos, tivessem os mesmos direitos e ocupassem os mesmos espaços que eles¹⁶³. Tal cenário seria o pano de fundo para a deflagração de futuras insurgências em prol da igualdade racial nos Estados Unidos.

Com efeito, antes ainda do surgimento do movimento pelos direitos civis na década de 1960, o termo “ação afirmativa” – *affirmative action* – apareceu pela primeira vez, em 1935, como parte da Lei Nacional de Relações Trabalhistas, para impedir que, nas relações de trabalho, os empregadores exercessem qualquer forma de repressão contra os membros de sindicatos ou de seus líderes. O objetivo consistia em fazer parar a discriminação, bem como tomar uma ação afirmativa para inserir as vítimas da segregação nos cargos que estariam ocupando se não tivessem sido discriminadas¹⁶⁴.

Desta forma, não bastava que os empregadores cessassem as medidas antissindicais e aquiescessem passivamente às novas leis federais, concedendo aos trabalhadores direitos como votar, ou não, para serem representados por um

¹⁶² Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Op. cit., pág. 167.

¹⁶³ Um exemplo de intolerância racial nos Estados Unidos foi a fundação, em dezembro de 1865, mesmo ano em que terminou a guerra, da Ku Klux Klan, uma organização secreta que pregava a supremacia branca e negava a integração social dos negros, promovendo ataques terroristas não só contra a população negra, mas também contra judeus, chineses, brancos que apoiavam os direitos dos negros e outros grupos considerados inferiores. Cf. CLÁUDIO VICENTINO e GIANPAOLO DORIGO, *História para o ensino médio: História Geral e do Brasil*, op. cit., pág. 364.

¹⁶⁴ Sobre o surgimento das ações afirmativas, John David Skrentny afirma que “*the phrase affirmative action first appeared as part of the 1935 National Labor Relations Act. Here, it means that an employer who was found to be discriminating against union members or union organizers would have to stop discriminating, and also take affirmative action to place those victims where they would have been without the discrimination.*” Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *The ironies of affirmative action: Politics, culture, and justice in America*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996, pág. 6. Ver também THOMAS SOWELL, op. cit., pág. 163.

sindicato, optar pelo dissídio coletivo, por exemplo. Era necessário proclamar, afirmativamente, esses direitos como também repudiar quaisquer políticas que pudessem intimidar os trabalhadores quanto aos seus exercícios.

Nesse sentido, poderiam ser tomadas medidas como a afixação, nos locais de trabalho, de cartazes com as leis federais relevantes sobre a questão, bem como o anúncio do término de quaisquer atividades ou políticas antissindicais em que porventura a administração tivesse se engajado no passado.¹⁶⁵

Com a segunda guerra mundial e o fato da camada discriminada da população, negros e mulheres, ter sido contratada pela indústria para ocupar os postos de trabalho deixados pelos americanos brancos que foram à luta na guerra¹⁶⁶, movimentos e lideranças contrários às práticas racistas articularam-se em busca do fim da desigualdade a que eram submetidos.

Foi nesse contexto de reivindicações que o então presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, expediu o Decreto 8.806, de 25 de junho de 1941 – *executive order* – que proibia a prática de discriminação racial no momento da contratação de empregados pelo governo federal e pelas empresas bélicas que com o governo mantivessem contratos¹⁶⁷.

Embora esta medida não tenha sido suficiente para modificar o entendimento da Suprema Corte, foi a primeira ação federal, apesar de não ser uma lei, a promover oportunidades iguais e proibir a discriminação no emprego nos Estados Unidos.

Quatro anos mais tarde, um novo fato foi levado a julgamento perante à Suprema Corte. Em 1945, ao tentar ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, um negro chamado Sweatt teve seu pedido negado porque uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a universidade.

¹⁶⁵ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 163.

¹⁶⁶ Dentre as inúmeras proibições do sistema Jim Crow estava a de que os negros não poderiam entrar para o exército, razão pela qual não puderam participar da guerra contra o avanço do nazismo na Europa. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op. cit.*, pág. 167.

¹⁶⁷ Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *op.cit.*, pág.113.

Diante do caso, a Suprema Corte, rompendo o entendimento precedente, declarou que a lei contrariava à Décima quarta emenda à Constituição que garantia a igualdade de todos perante à lei e, por isso, violava os direitos de Sweatt¹⁶⁸.

Mas, foi mesmo em 1954, a partir da decisão paradigmática no caso *Brown vs. Board of Education*, que começaram a haver mudanças quanto a prática da segregação. O julgamento do caso é considerado de suma relevância para a história americana e fundamental para o fim da segregação “racial”, uma vez que representou a mudança de postura da Suprema Corte Americana quanto ao tema de segregação “racial”, ao colocar por terra a incoerente teoria dos “iguais, mas separados” no âmbito do ensino público¹⁶⁹.

Dando cumprimento às promessas feitas por ocasião da campanha à presidência, John F. Kennedy criou a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego – *Equal Employment Opportunity* – por meio da Ordem Executiva nº 10.925, de 06 de março de 1961, quando, pela primeira vez, empregou-se oficialmente a expressão “ação afirmativa” num contexto racial ou étnico¹⁷⁰.

É de se destacar, contudo, que a medida não estabelecia grupos preferenciais ou cotas baseadas na raça. Muito pelo contrário! Determinava que os empregadores contratassem e tratassem seus funcionários “*sem considerações de categorização de grupos*”¹⁷¹, devendo tornar esse fato evidente para todos.

Sua finalidade, portanto, era simplesmente proibir a discriminação ao estabelecer que todos os contratos do Governo deveriam incluir a previsão de compromisso por parte das empresas contratadas pelo Executivo em não mais

¹⁶⁸ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit. pág. 343.

¹⁶⁹ No caso *Brown vs. Board of Education*, “o Justice Warren ressaltou a importância do caso para combater as medidas de segregação impostas na área da educação e destacou os efeitos perversos da discriminação contra os negros, especialmente nas crianças”, ao aduzir que separar as crianças negras “das outras crianças de idade e de qualificações semelhantes somente por causa da raça, cria um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes em uma maneira que pode jamais ser desfeita.” A Suprema Corte finalmente concluiu que, em se tratando de educação pública, “separados” nunca poderia ser igual”, e afastou a teoria dos “iguais, mas separados”, conferindo novo sentido à cláusula da igual proteção segundo as leis, prevista na 14ª emenda. Somente 15 anos após a decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional a segregação em escolas públicas, fora proibida, no caso *Alexander vs. Holmes Country Board of Education*, em 1969, qualquer forma de discriminação segregatória contra os negros também nas escolas privadas. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, op. cit. pág. 160-163.

¹⁷⁰ Cf., THOMAS SOWELL, op.cit., pág. 165.

¹⁷¹ Thomas Sowell conceitua essa prática de “ação afirmativa genérica”. Cf. THOMAS SOWELL, op. cit., pág. 165.

discriminar qualquer empregado, ou candidato a emprego, por razões de raça, credo, cor ou origem nacional¹⁷². Para isso, o contratado deveria usar de uma ação afirmativa para garantir que não haveria quaisquer discriminações para com os candidatos ao emprego e para com os funcionários por motivo de sua raça, credo, cor ou nacionalidade.

Essa ação consistia em medidas tais como não fazer discriminações quando, por exemplo, da contratação, das promoções, rebaixamento ou transferências, anúncios de recrutamento ou recrutamento, dispensas, rescisões, taxas de remuneração, índices de pagamento e outras formas de compensação, além de seleções para treinamento, incluindo aprendizado; o dever de afixar em locais visíveis, à disposição dos funcionários e candidatos a emprego, avisos com as disposições da cláusula de não-discriminação; afirmar, em todas as solicitações ou anúncios para os trabalhadores, que todos os candidatos qualificados seriam considerados para o emprego sem discriminação de raça, credo, cor ou origem nacional; enviar aos sindicatos e representantes dos trabalhadores com os quais mantivesse contrato de negociação coletiva aviso sobre os compromissos do contratado quanto ao dever de não-discriminação, bem como publicar cópias desse aviso em locais visíveis disponíveis para empregados e candidatos a emprego¹⁷³.

Com efeito, embora “*na versão dos arautos da política de discriminação reversa*”¹⁷⁴, esse documento seja considerado o começo das ações afirmativas com o sentido de “discriminação positiva” que hoje lhe é empregado¹⁷⁵, a medida, como já afirmado anteriormente, não estabelecia a obrigação de contratar indivíduos de

¹⁷² Sobre os exatos termos da *Executive Order* 10.925, ver <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em 10 de abril de 2019. Na doutrina, John David Skrentny destaca que “*firms under contract with the federal government were to not discriminate, and were also to “take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regards to their race, creed, color or national origin.”*” Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *The ironies of affirmative action: Politics, culture, and justice in America*, op.cit., pág.7.

¹⁷³ *Executive Order* 10.925, PART III-OBLIGATIONS OF GOVERNMENT CONTRACTORS AND SUBCONTRACTORS SUBPART A-CONTRACTORS' AGREEMENTS, SECTION 301. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

¹⁷⁴ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., pág.85.

¹⁷⁵ Leila Pinheiro Bellintani defende a ideia de que a expressão Ação Afirmativa contida na ordem executiva promulgada por John F. Kennedy, na década de 60 possuía o mesmo sentido que hoje lhe é empregado, pois segundo a autora, “determinava que empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas passassem a selecionar para seu quadro de funcionários, indivíduos desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencentes às mais diversas “minorias””. Cf. LEILA PINHEIRO BELLINTANI, *“Ação afirmativa” e os Princípios do Direito: A Questão da Cotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006, pág. 44-45.

determinados grupos desfavorecidos, mas situava-se, apenas, no território do combate à discriminação, ou como diz Skrentny, era uma medida ligada a uma “*visão daltônica de mundo*”¹⁷⁶.

O termo fora repetido na revisão, principalmente organizacional, do Presidente Lyndon Johnson, através da Ordem Executiva, Decreto nº 11246, de 1965 que criou a Agência Federal de Enquadramento de Contratos no Departamento do Trabalho nos Estados Unidos. Em maio de 1968, a agência expediu diretrizes que continham as expressões “metas e cronograma” e “representação”, mas até então, também não fazia nenhuma referência a nenhum “*procedimento orientado para resultado*” prático¹⁷⁷. Os seus conceitos eram os mesmos usados na ordem executiva de Kennedy, diferenciando-se apenas por trazer uma formulação mais detalhada de obrigações e pela provisão de penas mais duras para os infratores.

Antes, porém, em 1964, sob o influxo do movimento pelos direitos civis, que empolgou multidões¹⁷⁸ nos Estados Unidos, do qual Martin Luther King Jr. integrava a liderança, o Congresso aprovou a Lei dos Direitos Civis que banuiu a segregação racial nas escolas, empregos e lugares públicos, e a Lei Nacional dos Direitos de Voto, em 1965, que pôs fim às práticas eleitorais discriminatórias decorrentes da segregação racial nos Estados Unidos.

Por intermédio de Martin Luther King Jr., o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos reivindicava não só a igualdade entre os cidadãos, mas também “o sonho de uma nação na qual ninguém seria avaliado pela cor de sua pele”¹⁷⁹.

Segundo Thomas Sowell, a lei dos Direitos Civis de 1964 não apenas estabeleceu direitos iguais para os indivíduos, como repudiou, explicitamente, o conceito de grupos de preferências e cotas, conclusão que se faz tanto em razão dos debates que antecederam sua aprovação no Congresso, quanto das disposições particulares da própria lei¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *The ironies of affirmative action: Politics, culture, and justice in America*, *op.cit.*, pág. 7.

¹⁷⁷ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 165.

¹⁷⁸ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 88.

¹⁷⁹ Sobre a história do movimento pelos Direitos Civis e o célebre discurso de Martin Luther King Jr. cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.* pág.14, 123 e 124.

¹⁸⁰ Thomas Sowell destaca que o principal advogado da lei, o senador Hubert Humphrey, ao acompanhar o trâmite da Lei dos Direitos Civis de 1964, garantiu aos seus colegas “não ser necessário que o empregador chegue a qualquer equilíbrio racial em sua força de trabalho por meio do

Ao contrário do movimento pelos direitos civis, que empolgou multidões, as políticas de discriminação reversa nunca foram sustentadas por um movimento de massas.¹⁸¹ Pelo contrário, alguns dos principais líderes do movimento negro organizado, nomeadamente Martin Luther King Jr. e Bayard Rustin, acreditavam no “daltonismo”, alertando que a adoção de políticas afirmativas seria contraproducente para o movimento negro a longo prazo uma vez que não encontraria justificativas diante de tantos brancos pobres norte-americanos.¹⁸²

Como afirma Demétrio Magnoli, a história jurídica da luta pelos direitos civis está, essencialmente, ligada à história da interpretação do princípio da igualdade¹⁸³. O “*triunfo do princípio da igualdade*”, por meio das vitórias do movimento pelos direitos civis, corrigia, com efeito, um desvio na história americana da relação Estado-indivíduo. Entretanto, logo após ser proclamado que os cidadãos não poderiam ser *julgados pela sua ancestralidade*¹⁸⁴ ou pela cor de sua pele, leis, regulamentos e medidas passaram a distribuir direitos baseados em critérios raciais.

A onda de violência ligada a conflitos raciais somada ao relativo fracasso das medidas anti discriminatórias e ao espantoso índice de desemprego entre os negros forjaram o ambiente para o surgimento, no início da década de 1970, de uma política afirmativa cujo primeiro objetivo era gerenciar a crise provocada pela violência decorrente da luta racial.

tratamento preferencial a qualquer indivíduo do grupo”, e realçou que a subseção 703(j), sob o Título VII, da Lei dos Direitos Civis foi acrescentada para expressar claramente essa ideia. Por sua vez, referida subseção estabelece que nada no título VII requer que um empregador “garanta tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo por conta de qualquer desequilíbrio que possa ocorrer” com respeito ao número de empregados de tal grupo “em comparação com o número total ou porcentagem de pessoas de tal raça, cor, religião, sexo, ou origem nacional em qualquer comunidade, Estado, seção ou outra área.” Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 162-163. No mesmo sentido, Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *op.cit.*, págs. 120-121.

¹⁸¹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.* pág.88.

¹⁸² Cf. JOHN DAVID SKRENTNY, *op.cit.*, págs. 231-232.

¹⁸³ Sobre a história do movimento pelos Direitos Civis e o célebre discurso de Martin Luther King Jr. cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág.122.

¹⁸⁴ A ancestralidade diz respeito a mais célebre das leis antimiscigenação promulgada pelo Estado da Virgínia em 1924, a Lei de Integridade Racial que continha a regra da “gota de sangue única”, segundo a qual, uma única gota de sangue não branco era suficiente para contaminar seu portador e excluí-lo da raça branca. cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.* pág.120.

Foi nesse contexto que o então Presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, anunciou um programa de ação afirmativa, que estabelecia “metas e cronogramas” ao exigir que empreiteiros do governo empregassem trabalhadores negros de modo alcançar uma representação proporcional dos negros na força de trabalho para obter contratos do governo. Esse plano ficou conhecido como “Plano de Filadélfia”¹⁸⁵.

Assim, nos Estados Unidos, “ação afirmativa” passou a ter significado de discriminação positiva ou, como preferem alguns autores¹⁸⁶ “*discriminação reversa*”¹⁸⁷ com o plano de Filadélfia apresentado pelo Presidente Richard Nixon em 1969¹⁸⁸. A partir dele¹⁸⁹, e sob sua inspiração, novas diretrizes se seguiram fazendo referência aos “*procedimentos orientados para resultados*”, transformando as ações afirmativas, independentemente de levar o nome de “metas” ou “cotas”, num conceito de ordem numérica¹⁹⁰ que, definitivamente, abriu caminho para políticas de emprego baseadas na concessão de tratamento preferencial, multiplicando-se e

¹⁸⁵ A política desenvolvida por Nixon não fora construída buscando a concretização do princípio da igualdade, nem uma efetivação de justiça, mas objetivava diminuir os conflitos entre negros e brancos, justificando a concessão de algumas vantagens para os negros, pelo que Nixon defendeu o desenvolvimento do “capitalismo negro”, aumentando a importância da propriedade privada, explicando que “pessoas que tem suas próprias casas, não irão incendiar sua vizinhança”. A promessa era que o “capitalismo negro” acabaria com as lutas raciais. Segundo o historiador Hugh Graham, em 1969, a violência não era apenas espontânea e caótica, mas estava se tornando cada vez mais organizada para objetivos específicos, com a violência sendo usada como moeda de barganha. Tradução livre. Apud JOHN DAVID SKRENTNY, *The ironies of affirmative action: Politics, culture, and justice in America*, op.cit., págs. 100-101.

¹⁸⁶ Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, op.cit. pág. 85.

¹⁸⁷ “Discriminação reversa”, segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, consiste na discriminação de pessoas inocentes que não promoveram diretamente a segregação com base na raça, mas que entendem ser prejudicadas pelas políticas governamentais baseadas a raça. Cf., ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, op.cit., pág. 186.

¹⁸⁸ O mentor das políticas baseadas na raça na época de Richard Nixon era Arthur Fletcher, “negro, nascido no Arizona em 1924, antigo ativista do movimento pelos direitos civis que ocupava o cargo de secretário-assistente no Departamento de trabalho” e assegurou a continuidade das políticas de discriminação positiva ao servir também nos governos que se seguiram: Gerald Ford (1974-1977), Ronald Regan (1981-1989) e George Bush (1989-1993), razão pela qual ficou conhecido como “pai da ação afirmativa” nos Estados Unidos Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op.cit., pág. 86.

¹⁸⁹ As políticas de ação afirmativa com bases raciais inauguradas por Richard Nixon (1969-1974) continuaram nos governos de Gerald Ford (1974-1977), Ronald Regan (1981-1989) e George Bush (1989-1993), sendo ampliadas nos governos Jimmy Carter (1977-1981), Bill Clinton (1993-2001), Barack Obama (2009-2017) e reavaliadas pelo atual governo Donald Trump (2017-).

¹⁹⁰ A ação afirmativa com o sentido de representatividade numérica de grupos é um produto da política de governo de Richard Nixon na década de 1990. Cf. THOMAS SOWELL, op.cit., págs. 165-166.

alargando-se por diferentes áreas e segmentos¹⁹¹, destacadamente o ensino, onde a raça converteu-se em fator relevante na admissão às universidades¹⁹².

Porém, de acordo com Demétrio Magnoli¹⁹³, a propagação das políticas de discriminação reversa de cunho racial para além dos restritos programas federais ocorreu a partir do envolvimento dos intelectuais e académicos que, financiados pela Fundação Ford¹⁹⁴ com o propósito de difundir o multiculturalismo¹⁹⁵, implantaram sistemas de admissão nas universidades com base em critérios raciais, articularam iniciativas de “equilíbrio racial” nas escolas públicas e, principalmente, formularam uma explicação multiculturalista da nação

¹⁹¹ Segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, as políticas de discriminação reversa eclodiram nos âmbitos estaduais e municipais em vários campos como empresas privadas, no comércio, no sistema educacional e em associações. Desde empresas de pequeno porte até a maior instituição, as medidas positivas dominaram o sistema social nos Estados Unidos. Muitas normas foram aprovadas determinando a fixação de metas a serem atingidas, o combate ao preconceito e o avanço da integração de diversos grupos minoritários, destacando-se as seguintes: 1- *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972; 2- *o Higher education Act*, também de 1972, em relação às mulheres; 3- *o Rehabilitation Act* de 1973, quanto aos deficientes físicos e 4- *o Veterans Readjustment Act* de 1974, em relação aos veteranos da guerra do Vietnã. Cf., ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op.cit.*, pág. 177.

¹⁹² Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág.86.

¹⁹³ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, págs. 88-91.

¹⁹⁴ Criada em 1936 por Henry Ford e seu filho Edsel Bryant Ford, a Fundação Ford tinha como missão original definida administrar fundos para o desenvolvimento científico e educacional e para a caridade. Como entidade filantrópica, desde sua origem representava as tendências modernas da filantropia de não oferecer donativos aos pobres, mas usar as ciências sociais para reformar as sociedades. Com a morte de seus fundadores em 1947, a presidência da Fundação passou para Henry Ford II, filho de Edsel. O legado financeiro deixado pelos fundadores transformou a Fundação na maior entidade filantrópica do mundo e sua missão inicial foi redefinida em torno das metas de promover internacionalmente a liberdade, a democracia, a paz e a educação. Desde então, a Fundação estabeleceu como meta influenciar as políticas públicas e promover reformas institucionais não só a partir dos convencimentos dos governos, mas, principalmente, pela mobilização de base com destaque nas universidades, por meio de vultuosas doações condicionais. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, *op.cit.*, págs. 88/91.

¹⁹⁵ Multiculturalismo é uma ideologia desenvolvida pelos dirigentes da Fundação Ford nos Estados Unidos e que se transformou em um movimento difundido no mundo inteiro. Essa ideologia se assenta na premissa de que a humanidade é dividida em grupos culturais bem definidos denominados “etnias” e que a cultura seria, assim, um atributo essencial, imanente e ancestral de cada grupo étnico. Os conceitos de “diversidade” e “políticas da diferença” são, portanto, desdobramentos dessa ideologia que afirma a necessidade de reconhecimento dessa diversidade e sua valorização por meio das políticas da diferença. A introdução dos referidos termos “políticas de diferença” e “diversidade” foram de fundamental importância para a cooptação de lideranças e intelectuais. Segundo Demétrio Magnoli, seu surgimento ocorreu quando “no fim da década de 1960, a Fundação Ford estava diante de um cenário de crise política que se agravou ao longo do primeiro mandato de Nixon, quando as coalizões sociais articuladas no movimento pelos direitos civis voltavam-se para a luta contra a guerra do Vietnã. O núcleo dirigente da Fundação interpretou a radicalização dos protestos como um sintoma de funcionamento defeituoso do pluralismo político e formulou o conceito de multiculturalismo como uma ferramenta para restabelecer a normalidade nas engrenagens da democracia. De acordo com a lógica do multiculturalismo, as amplas coalizões sociais deveriam dar lugar a organizações e movimentos específicos, delineados em função dos interesses de cada minoria. A Fundação ajudaria a esculpir esses movimentos, oferecendo-lhes plataformas políticas e fundos capazes de sustentar grupos de pressão.” Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 90.

americana. A Fundação Ford passou a “incentivar” a adoção de sistemas de admissão orientados por preferências para “grupos minoritários” oferecendo vultuosas doações¹⁹⁶ sob a condição da implantação de cotas para as minorias.

As intensões da Fundação Ford não se limitaram, porém, à simples mudança dos sistemas de admissão, nem se restringiam apenas em incutir ideias. O objetivo maior era colocar acadêmicos ligados à Fundação nos cargos de direção, assumindo o controle de departamentos e universidades inteiras para promover uma total reforma das perspectivas acadêmicas, atitudes políticas, currículos e práticas nas universidades, incutindo o princípio do multiculturalismo no meio acadêmico, a partir do qual seria assimilado e difundido pelas pessoas.

Daí porque Robert Steele, professor de Psicologia na Universidade Wesleyan de Connecticut e coordenador de uma das sessões da conferência “Intensificação da diversidade cultural, declarou: “As pessoas não serão pacificamente assimiladas ao multiculturalismo por meio da verdade, através do diálogo. Você lhes dá assistentes de pesquisa, você oferece orientadores de pós-graduação.” “Nós teremos mudado a universidade quando mulheres e pessoas de cor possam se ver dirigindo o lugar.”¹⁹⁷

Desta forma, conforme Demétrio Magnoli, a Fundação Ford funcionou como o elo mais importante de articulação entre a universidade, as organizações de pressão e os órgãos da administração pública, haja vista que por meio dela, “acadêmicos encontraram os caminhos rumo a postos na direção das organizações de minorias e a cargos governamentais encarregados de programas de ação afirmativa”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Indubitavelmente, a Fundação foi, e continua sendo, a mola propulsora na marcha triunfante das políticas de raça nos Estados Unidos, especialmente no seio das universidades. Sua principal ferramenta de persuasão sempre foi a oferta condicional de generosas doações. Em 1989, duzentas universidades e faculdades foram convidadas a concorrer por doações de cem mil dólares “para revisar ou desenvolver programas acadêmicos voltados a dar uma máxima atenção à cultura e experiência de minorias étnicas e a fazer as perspectivas multiculturais pesarem em todos os aspectos do currículo”. A Universidade de Chicago, seguindo as tendências gerais, implantou um centro para o Estudo de Raça, Política e Cultura que, no início de 2005, recebeu da Fundação Ford e de outras entidades filantrópicas mais de um milhão de dólares em doações. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 93.

¹⁹⁷ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 93.

¹⁹⁸ O sociólogo Craig Jenkins, apud Demétrio Magnoli, em um estudo investigativo acerca das fundações filantrópicas, “registrou que elas atuam como “porteiros”, financiando os movimentos e as iniciativas, que, por essa via, conseguem converter suas bandeiras em políticas públicas.” Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, págs. 90, 96, 97.

Nos cinco primeiros anos, foram implantados mais de quinhentos programas de “*Black Studies*” nos Estados Unidos. Foi, então, desta forma que o sistema de reserva de cotas “raciais” para admissão em Universidades foi estabelecido e propagado. Embora a ideia fosse fracturante¹⁹⁹ na Corte Suprema dos Estados Unidos, existem duas decisões fundamentais sobre o tema.

Com efeito, uma das decisões é o famoso caso *Bakke vs. Regents*²⁰⁰ de 1978, no âmbito do qual a Suprema Corte afirmou que a raça poderia ser um critério válido e constitucional a ser levado em consideração para o ingresso em universidades, desde que não fosse o único fator a ser considerado na política de admissão dos candidatos, e sim, apenas mais um dentro de um complexo de critérios, o que não seria possível por meio de cotas rigidamente estabelecidas.

¹⁹⁹ Como destaca Roberta Kaufmann, citando Gabriel J. Chin, ao tratar sobre os casos *Bakke*, *Weber* e *Fullilove*, os casos refletiram a polarização dos membros da corte que, por sua vez, refletia a polarização da maior parte da sociedade. Estavam (os membros da Corte) divididos em blocos que, obstinadamente, apoiavam e rejeitavam as ações afirmativas pelo que a falta de consenso no Tribunal Maior gerava incerteza e insegurança quanto ao estabelecimento de regras aptas a orientar os idealizadores das políticas afirmativas e a condução de decisões em casos futuros. Cf., ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op.cit.*, pág. 182.

²⁰⁰ O caso *Bakke* encontra-se entre os mais importantes já julgados pela Suprema Corte ao ser instada a analisar a constitucionalidade ou não de programas afirmativos na área da educação. Allan Bakke era um candidato branco que fora rejeitado na admissão para a Escola de Medicina da Califórnia em razão das cotas raciais, embora suas notas tivessem sido relativamente altas, ficando bem próximo da aprovação. Inconformado, o candidato buscou à justiça argumentando que o programa de ação afirmativa havia-no privado do direito fundamental de ter igual acesso à educação, uma vez que a reprovação não teria ocorrido se pudesse ter concorrido à totalidade das vagas oferecidas pela Faculdade. Assim, segundo Bakke, a fixação das cotas ofenderia a proibição de discriminação prevista na Lei dos Direitos Civis de 1964, além de violar o princípio da igualdade garantido pela 14ª emenda. Em primeira instância, o Tribunal Estadual determinou o ingresso de Bakke na Faculdade e proibiu que questões raciais pudessem ser consideradas na admissão de estudantes. Em recuso à Suprema Corte, esta reformou em parte a decisão do Tribunal Estadual, quando o *Justice Powell* admitiu a possibilidade de a raça ser um dos fatores a ser considerados na política de admissão dos candidatos, argumentando que seria possível haver programas nos quais se intentasse promover a diversidade entre os estudantes e a formação de um corpo de estudantes diversificado, desde que a raça fosse apenas mais um dos fatores observados, dentro de um complexo de critérios. Isso, contudo, não seria possível por meio de cotas rigidamente estabelecidas, razão pela qual a Suprema Corte reconheceu o direito de Bakke permanecer na Escola de medicina da Califórnia. Cf., ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op.cit.*, págs.186-191.

A segunda decisão é o caso *Grütter v. Bollinger* ²⁰¹, do ano de 2003, que confirmou Bakke nesse sentido, reforçando, contudo, que para se ter o uso permitido do critério racial, era preciso que este fosse flexível o suficiente a ponto de permitir sua sobreposição por outros, tais como qualificações diversas nos candidatos, razão pela qual as cotas, por exemplo, não seriam toleradas, por perceberem o indivíduo como representante de uma raça ou etnia e não como indivíduo concreto e complexo.²⁰²

Na doutrina, o estudo conduzido e publicado por William G. Bowen, ex-reitor da Universidade de Princeton, e Derek Bok, ex-reitor de Harvard, sobre as consequências dos 30 anos de emprego de “*diretrizes de admissão sensíveis à raça*”²⁰³ como política de ação afirmativa nas universidades dos Estados Unidos, afirma que houve resultados efetivos ao concluírem que “as faculdades e universidades academicamente mais exigentes tiveram muito êxito no uso das políticas de admissão sensíveis à raça para promover metas educacionais importantes para todos”²⁰⁴.

²⁰¹ O caso *Grütter v. Bollinger* reporta-se a Grutter, uma mulher branca norte-americana cuja admissão fora negada na Faculdade de Direito de Michigan. Indignada, Grutter ajuizou uma ação na Justiça por meio da qual alegava que a Faculdade de Direito havia praticado discriminação contra a requerente por fatores raciais e que tal fato violava a 14ª emenda à Constituição, bem como a Lei dos Direitos Civis de 1964. A Corte Distrital julgou procedente o pedido de Grutter, mas a decisão fora revista no âmbito recursal, no qual o Tribunal Maior entendeu que, no caso de *Grutter v. Bollinger*, a adoção da raça como um dos fatores destinados a promover a diversidade, dentre vários outros critérios utilizáveis para a admissão dos estudantes na Escola de Direito, seria uma política educacional válida e constitucional. Cf., ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op.cit.*, págs. 201-205.

²⁰² No caso *Gratz v. Bollinger*, também julgado no ano de 2003, a Suprema Corte declarou inconstitucional o programa de ação afirmativa da Faculdade de Literatura, Ciências e Artes da Universidade de Michigan que contemplava com 20 pontos aqueles que pertencessem a uma raça determinada, transformando esse critério em um fator decisivo. É de se destacar que os pontos seriam garantidos somente por causa da raça, independentemente da análise do passado escolar dos candidatos beneficiados. A corte considerou que o programa não considerava de forma adequada as contribuições de cada candidato para a diversidade do corpo discente da maneira individualizada, bem como considerou ainda que a almejada diversidade não poderia ser realizada a qualquer custo e que os limites do escrutínio restrito precisavam ser observados. Sobre os casos o entendimento da Suprema Corte Norte-Americana sobre as ações afirmativas, *ver mais em* ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op.cit.*, págs. 179-206. Ver também JOÃO FERES JÚNIOR ..., *op. cit.*, pág. 57-60.

²⁰³ Cf. RONALD DWORKIN, *A virtude soberana : a teoria e a prática da igualdade / tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. – São Paulo : Martins Fontes, 2005*, p. 546.

²⁰⁴ Essa é uma visão encampada por Ronald Dworkin. Cf., RONALD DWORKIN, *A virtude soberana...*, *op. cit.*, p. 551,552. No entanto, segundo Thomas Sowell, apesar das preferências e cotas poderem produzir melhoras estatísticas imediatas em determinados grupos, essa igualdade do “faz de conta” resultante da presença física pode ser tanto um arremedo como um obstáculo para a conquista autêntica. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs. 79.

Contudo, esse não é um pensamento comum, nem tampouco unânime no meio acadêmico. Em sentido contrário à política de ações afirmativas baseadas na “raça” como instrumento de combate ao “racismo”, Thomas Sowell²⁰⁵ afirma que tais políticas se revelaram empiricamente ineficientes em todos os locais onde foram implantadas²⁰⁶, além de operarem efeitos negativos para as próprias minorias que pretenderam beneficiar, prejudicando a sociedade como um todo.²⁰⁷

Ademais, o autor assevera categoricamente que a classe média negra nos Estados Unidos não é fruto, tampouco cresceu por conta das ações afirmativas, sendo necessário checar a evidencia histórica e levar em conta as “*tendências preexistentes*” para se fazer qualquer avaliação das políticas de cotas, e não apenas “*supor um mundo estático com “alteração” adicionada*”²⁰⁸.

Com efeito, o registro de maior crescimento da proporção de negros em profissões e em outras ocupações de nível elevado, bem como a redução do número de famílias negras com renda abaixo da linha oficial de pobreza ocorreu

²⁰⁵ Thomas Sowell, economista, “nasceu na Carolina do Norte em 30 de junho de 1930, mas cresceu no Harlem, em Nova York. PhD em Economia pela Universidade de Chicago, é pesquisador sênior de Políticas Públicas do Instituto Hoover, da Universidade Stanford...”. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, *contracapa*.

²⁰⁶ Após diversos anos de pesquisa sobre cotas e grupos preferenciais, incluindo duas viagens ao redor do mundo, Thomas Sowell assevera que tais políticas foram implantadas, sem sucesso, em lugares como Índia, África do Sul, Sri Lanka, Paquistão e Nigéria. Afirma o autor que a violência nesses lugares não diminuiu após a implantação das cotas, mas, ao contrário, aumentou por se crer que os beneficiários das cotas tivessem uma vantagem injusta sobre os demais pares. Acrescenta ainda que no caso do Sri Lanka, considerado um país pacífico e por isso modelo para o mundo, após a adoção de programas de cotas “raciais”, passou a viver em intensos conflitos. Cf. THOMAS SOWELL, Entrevista disponível no site: <https://www.youtube.com/watch?v=6yOG0UZsqGI>. Acesso em 31 de maio de 2019.

²⁰⁷ Conforme Thomas Sowell, “o antagonismo é um custo elevado para a sociedade em geral e para os membros do grupo. Há alguns membros do grupo que, com muito esforço, puderam se elevar com as próprias qualificações. Mas eles seguem sob uma “nuvem” em qualquer caso. Se um aluno negro se forma como 1º da turma, em Harvard, vai continuar sob a “nuvem” de ter conseguido por ser negro. Talvez tivesse entrado mesmo sem ser negro, mas nós jamais saberemos, porque haverá a suposição de competência inferior.” Cf. THOMAS SOWELL, Entrevista disponível no site: <https://www.youtube.com/watch?v=6yOG0UZsqGI>. Acesso em 31 de maio de 2019.

²⁰⁸ Thomas Sowell destaca que apesar de ser muito citado que a proporção da população negra em profissões, universidades e outras ocupações de nível elevado cresceu substancialmente nos anos seguintes à aprovação da Lei dos Direitos Civis de 1964, é praticamente ignorado o fato de o crescimento dos negros em tais ocupações ter sido ainda maior e mais significativo nos anos que antecederam a aprovação da referida lei. Esse progresso também fora evidenciado nos níveis socioeconômicos mais baixos da população negra dos Estados Unidos, quando o número percentual de famílias negras com renda abaixo da linha oficial de pobreza caiu de 87% em 1940 para 47% em meados dos anos de 1960. Ou seja, antes da Lei dos Direitos Civis de 1964 e muito antes das políticas de ação afirmativa da década de 1970. Enfatiza o autor que entre 1960 e 1970, a taxa de pobreza entre as famílias negras caiu mais dezessete pontos percentuais, enquanto depois da década de 1970, quando foram adotadas as cotas, essa taxa diminuiu apenas um ponto percentual. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs. 38-39.

muito antes das políticas de ação afirmativa da década de 1970. Apesar disso, o progresso que deveria ser visto como conquista extraordinária dos negros americanos é tomado como exemplo de *“benemerência e liberalidade do governo”*, passando a ideia de que a ação afirmativa é absolutamente necessária para o progresso dos negros, quando, em verdade, os negros podem, e mostraram que conseguem, progredir como quaisquer outros grupos.

As cotas universitárias para Thomas Sowell apenas facilitam o acesso da camada superior da população negra que já poderia aceder às universidades por seus próprios méritos. Assim, com esta política, o Estado estaria segregando a população pobre que não teve acesso à educação básica e intermediária de qualidade, criando uma animosidade desnecessária contra os negros que ingressam pelo sistema de cotas²⁰⁹. Adicionalmente, conclui, o autor, que houve, ainda, um grande índice de reprovação entre os alunos contemplados, não por serem incapazes, mas por não terem tido ensino anterior de qualidade.

Uma problemática ainda mais séria é suscitada por Thomas Sowell sobre o argumento segundo o qual o ingresso de negros nas Universidades seria importante para a diversificação cultural e social do meio acadêmico. Para o autor, a alegada diversidade, incansavelmente repetida, não trouxe qualquer acréscimo. Muito pelo contrário! Muitas faculdades e universidades americanas de elite relataram uma crescente hostilidade racial entre seus estudantes durante a época da ação afirmativa²¹⁰. Para além disso, os negros seriam alocados nas universidades como figurantes do cenário a fim de satisfazer publicamente uma reivindicação social, servindo, em suas próprias palavras, como meros “figurantes de cinema, ficando ao fundo enquanto as estrelas fazem sua parte”²¹¹.

²⁰⁹ Segundo Thomas Sowell, “se voltar à lei dos direitos civis, de 1964, verá que o número de negros que se profissionalizaram e chegaram a cargos altos é maior nos 5 anos anteriores à lei do que nos 5 anos posteriores. Era a classe média negra saída de faculdades negras, onde não havia a ação afirmativa. Até hoje, em alguns campos científicos, a maioria dos negros com PhD saiu de faculdades negras, e não de Harvard, Yale ou lugares assim”. Cf. Entrevista disponível no site: <https://www.youtube.com/watch?v=6yOG0UZsqGI>. Acesso em 31 de maio de 2019.

²¹⁰ Cf., THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 240.

²¹¹ Cf. THOMAS SOWELL, Entrevista disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6yOG0UZsqGI>. Acesso em 31 de maio de 2019.

2. “DISCRIMINAÇÃO POSITIVA”²¹² NA ÍNDIA: O BERÇO DOS PROGRAMAS PARA OS “MENOS AFORTUNADOS”

“Porém, a menos que se fique contente com simplesmente “fazer alguma coisa” sem levar em conta as consequências reais, é difícil fugir à conclusão de que a ação afirmativa na Índia produziu benefícios mínimos para os mais necessitados, e ressentimentos e hostilidades máximos contra eles por parte de outros”. (...) Um pequeno mas encorajador sinal veio de uma pesquisa de opinião entre garis intocáveis de várias vilas. Ao passo que a menor parte não vê alternativas melhores disponíveis para eles mesmos, a maioria alimenta a esperança de que seus filhos se eduquem para trabalhos melhores. Esta perspectiva de longo prazo entre pessoas oprimidas envergonha as conveniências de curto prazo com frequência encontradas entre os melhores colocados na escala social da política e da academia. Preferências e cotas podem produzir melhoras estatísticas imediatas em determinados grupos, por mais inconsistente que seja a posição que tais pessoas possam ocupar – particularmente como estudantes universitários incapazes de concluir o curso. A igualdade do “faz de conta” resultante de sua presença física pode ser tanto um arremedo como um obstáculo para a conquista autêntica.”²¹³

Na busca por medidas implantadas pelo Estado que identifiquem o surgimento daquilo que viria a ser denominado por “ações afirmativas”, noutra latitude, designadamente na Índia, em 1932, primeira metade do século XX, medidas de destacada importância na história do surgimento e no conceito das ações afirmativas foram implementadas.

Após se tornar independente da Inglaterra em 15 de agosto de 1947, a Índia foi o primeiro país no mundo a posicionar em sua Constituição um sistema de cotas e grupos de preferência, sendo, também, o país com mais longa experiência histórica em medidas de discriminações positivas, haja vista que tais políticas foram adotadas antes mesmo de sua independência, portanto, ainda no período colonial²¹⁴.

²¹² Apesar de as políticas ao redor do mundo com o propósito de favorecer determinados grupos de pessoas seja, atualmente, mais conhecidas como “ações afirmativas”, deve-se destacar, como ressalta Thomas Sowell, que esta nomenclatura não é única, possuindo outras denominações em outras nações como por exemplo “discriminação positiva” na Índia e no Reino Unido, “padronização” no Sri Lanka, “reflexo do caráter nacional” na Nigéria e “preferência aos filhos da terra” na Malásia, Indonésia e em alguns estados da Índia. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 14.

²¹³ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs. 73 e 79.

²¹⁴ A colonização da Índia, pela Inglaterra, iniciou-se como empreendimento da Companhia Britânica das Índias Orientais no século XIX, mais especificamente por volta do ano de 1818, quando os

Partindo, então, do princípio que o estudo da história é uma das maneiras de evitar repeti-la, infere-se que a particular história da Índia, com sua longa e vasta experiência empírica em políticas de cotas, pode servir de lição para outros, especialmente para o Brasil²¹⁵, foco do nosso estudo. Contudo, para entender a adoção dessas medidas, é necessário ter pelo menos uma pequena noção de como esse país está organizado.

Assim, como é sabido, a Índia constitui um país extremamente segmentado étnica, cultural, religiosa e socialmente²¹⁶. A sociedade tradicional da Índia está definida com base numa hierarquia social relativamente restrita, a ordem social do hinduísmo²¹⁷, que se ergue sob dois fundamentos: os sistemas de classe

britânicos venceram a resistência dos povos que controlavam a Índia Central. Ver mais sobre a colonização da Índia em DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 284.

²¹⁵ Como destaca Thomas Sowell, qualquer um pode especular sobre o que acontecerá no futuro caso a ação afirmativa seja aprovada ou reprovada, porém não é possível ter certeza. O máximo que se pode saber é quais foram os resultados quando as políticas de ação afirmativa foram adotadas no passado. Contudo, apesar das peculiaridades históricas e sociais de uma nação serem diferentes das de outras, as consequências que se seguiram à adoção das ações afirmativas foram as mesmas, apesar dos diferentes contextos nas diferentes regiões do mundo." Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 9-10.

²¹⁶ Segundo Thomas Sowell, em seu estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais, "a Índia é a maior sociedade multiétnica e a também a mais fragmentada socialmente". O lugar possui uma centena de línguas e outra centena de dialetos, sendo que o idioma mais falado do país o é por menos de um terço da população. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 41.

²¹⁷ O hinduísmo é uma das quatro grandes religiões que se originaram no país: hinduísmo, budismo, jainismo e siquismo; enquanto o zoroastrismo, o judaísmo, o cristianismo e o islamismo chegaram no primeiro milênio d.C. e moldaram a diversidade cultural da região. De acordo com Demétrio Magnoli, "a ordem social do hinduísmo ergueu-se a partir das migrações pré-históricas dos povos indo-arianos para o vale do Ganges e outras partes do subcontinente indiano, entre 1700 e 1300 a.C." Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.* Pág. 280.

(varna)²¹⁸ e de casta²¹⁹ (jati)²²⁰, que convivem e se entrelaçam, mas não se confundem²²¹.

Os varnas da religião hindu são divididos em quatro: os brâmanes (sacerdotes); os chátrias (guerreiros); os vaisas (mercadores, homens de negócios); e os sudras (camponeses, servos e operários). Os varnas, por sua vez, também estão subdivididos em milhares de castas e sub castas locais que ditam e condicionam a vida social das pessoas. Todas as castas hindus estão inseridas em um dos quatro varnas. Para além disso, ainda existem os “párias” que são aqueles que estão fora da

²¹⁸ “Varna” é um termo sânscrito que significa “fechar” e indica grupos sociais perfeitamente fechados. Os varnas da religião hindu são divididos em quatro: os brâmanes (sacerdotes), os chátrias (guerreiros), os vaisas (mercadores, homens de negócios) e os sudras (camponeses, servos e operários). Entretanto, não há correspondência entre os varnas e a hierarquia de classes sociais típicas do ocidente. Assim, indivíduos pertencentes aos brâmanes e chátrias podem ser pobres, embora pertençam às categorias superiores. Também não existe relação de pertinência entre determinado varna e a orientação política do indivíduo. Mahatma Gandhi, líder das lutas de independência, era um vaia. Jawaharlal Nehru, o primeiro chefe de governo da Índia, do mesmo partido do Congresso, nasceu numa família de brâmanes e diversos líderes de partidos de esquerda eram brâmanes. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 280.

²¹⁹ Segundo Demétrio Magnoli, a palavra “casta” tem origem portuguesa e está diretamente relacionada com a ideia de raça. “No início, dois séculos antes da era cristã, a atribuição de um lugar para cada indivíduo num sistema flexível de castas decorria de uma avaliação sobre as suas características intelectuais e espirituais e de um diagnóstico de suas potencialidades profissionais. Ninguém estava condenado a pertencer à casta de seu pai ou a permanecer por toda a vida em determinada casta. Com o tempo, as castas converteram-se em algo similar às corporações de ofício e adquiriram feições hereditárias. A dissolução das corporações de ofício não suprimiu as castas, mas as transformou em fraternidades ligadas pelo sangue, por uma série de costumes e regras, inclusive de dieta, e por obrigações de proteção de seus integrantes.” As castas existem na vida terrena, mas seu fundamento verdadeiro encontra-se na vida cósmica. As castas compõem o elemento central do hinduísmo e giram em torno da noção de pureza, não numa perspectiva biológica do indivíduo, mas na crença do carma, numa perspectiva cósmica de reencarnação da alma em outros seres. O corpo perece, mas a alma permanece e se transmite através das gerações. Cada indivíduo é responsável não só pela sua vida presente, mas por todas as vidas passadas do ciclo cósmico da existência. Os atos de cada indivíduo não repercutem apenas sobre ele mesmo e seu entorno, mas sobre os seus incontáveis elos situados no passado e no futuro. A ruptura das regras da religião espalha impureza para atrás e para a frente, contaminando o mundo. Os indivíduos estão presos à casta desde o nascimento até a morte, só podendo deixá-la por um gesto de renúncia à sociedade e ao mundo material, consistente numa conversão religiosa. Os casamentos deveriam se realizar no interior das castas e a proibição dos casamentos intercastas funcionava como dogma nuclear do edifício de segregação social. Entre os hindus da Índia, contam-se vários milhares de castas e subcastas. Centenas delas coexistem em cada região e não existe uma correspondência precisa entre as castas das diferentes regiões. Como regra, o sobrenome das pessoas evidencia uma pertinência de castas. Gandhi pertencia à casta bânia e seu sobrenome significa “verdureiro”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 280-281.

²²⁰ De acordo com Demétrio Magnoli, “Casta” e “jati” não são sinônimos genuínos, embora tenham se tornado termos intercambiáveis. “O termo “Jati” significa comunidade e, também, espécie, com o sentido que a palavra tem na Biologia. Os jatis relacionam-se aos diferentes ofícios, embora também possam indicar uma seita religiosa ou um grupo linguístico. Eles figuram no interior dos varnas como grupos endogâmicos: segundo a tradição, os casamentos se realizam no interior das castas. Os jatis tem base territorial e são governados por conselhos, que cuidam de seus assuntos internos. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 281.

²²¹ Varna e castas não se confundem. A hierarquia funcional dos varnas é anterior a criação das castas. Todas as castas hindus estão inseridas num dos quatro varnas. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 280-281.

esfera das castas por serem considerados ritualmente impuros em razão de seus ofícios ou ocupações como trabalhadores de matadouros, açougueiros, coureiros e ainda os que manipulam fezes humanas limpando latrinas e esgotos.

Tais grupos, denominados de “intocáveis²²²”, “castas tabeladas²²³” ou “dalits²²⁴”, enfrentaram uma das piores discriminações sofridas por qualquer grupo em qualquer sociedade, pois eram proibidos de manter qualquer contato físico e nem sequer sua sombra poderia se projetar sobre um hindu de castas; não podiam tirar água do mesmo poço usado pelos demais e, ao passarem por uma comunidade hindu, tinham de anunciar sua presença tocando tambores de alerta²²⁵.

Compondo cerca de 16% da população de todo o país, os intocáveis eram, portanto, uma minoria oprimida e extremamente discriminada. Somente nas primeiras décadas do século XX, com a ascensão acadêmica e política de um membro de família pobre dos intocáveis, Bhimrao Ramji Ambedkar²²⁶, é que surgiu uma preocupação quanto às desventuras sofridas pelos intocáveis. No entanto, em um contexto de luta pela independência, a motivação não foi apenas de ordem humanitária, mas também política, haja vista que os votos dos intocáveis serviriam

²²² Os membros desses grupos excluídos eram chamados de “Intocáveis” porque deviam ser evitados fisicamente pelos hindus de castas. A palavra “intocável” começou a ser empregada no início do século XX e foi banida das leis e do vocabulário mais polido no final do mesmo século, mais precisamente com a Constituição de 1950 (artigo 17). Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 47.

²²³ A expressão “Castas tabeladas” advém do fato de os ingleses, ainda nos tempos coloniais, terem elaborado uma lista ou tabela com os nomes das castas que eram consideradas intocáveis, daí a denominação também de “castas tabeladas” Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 47.

²²⁴ Esse termo foi proposto por Swami Dayananda, líder do movimento de reforma hindu denominado Arya Samaj, com o fim de mudar a denominação dos grupos excluídos “intocáveis” para “Dalits”, termo hindi, que significa pária, deserddado ou oprimido. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 280-282.

²²⁵ De acordo com Thomas Sowell, “a discriminação contra os “intocáveis” está entre as piores sofridas por qualquer grupo em qualquer sociedade. Embora a intocabilidade tivesse sido oficialmente abolida por mais de meio século e o termo “intocável” banido do discurso oficial e polido, as mesmas pessoas enfrentavam persistente discriminação sob a nova designação de “castas tabeladas”, “harijans” (filhos de Deus, uma denominação a elas dada por Mahatma Gandhi) ou dalits (os oprimidos). Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 43-44.

²²⁶ A título de informação, Bhimrao Ramji Ambedkar nasceu numa família pobre de “intocáveis” da casta mahar e superou grandes dificuldades para ingressar na universidade em Bombaim (atualmente Mumbai) para cursar Economia e Ciência Política. Doutorou-se em Direito na Universidade de Columbia e, em 1936, publicou a obra “A aniquilação da casta”, tendo fundado o Partido Trabalhista Independente. Considerava o sistema de castas uma verdadeira abominação, razão pela qual pleiteava a sua completa abolição por um ato político do Estado. Também era um feroz crítico do Congresso Nacional Indiano, por julgar que o Congresso representava unicamente os interesses de uma elite exclusivista, incapaz de defender o fim das castas. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 287-288.

para balancear o poder entre hindus e muçulmanos na Índia depois da independência²²⁷.

Em 1932, portanto antes da independência, por reivindicação de Ambedkar, os ingleses criaram um eleitorado separado para os “intocáveis”. Mahatma Ghandi²²⁸, no entanto, não admitia a divisão do voto hindu, o que levou Ambedkar a negociar novamente e a trocar o corpo eleitoral especial por assentos reservados no parlamento. Esse acordo fora consagrado através de um documento denominado “Lei de Poona”²²⁹, sendo considerado o marco inicial da discriminação positiva na Índia, uma vez que introduzira a casta na lei.

Após o ocorrido, mais atenção foi dada à condição dos intocáveis, o que levou alguns estados a aprovarem leis que garantiam aos membros daquele grupo igual acesso às instalações públicas, e aos templos hindus, bem como preferência em cargos do governo.

²²⁷ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 48. Ainda sobre esta questão, Demétrio Magnoli esclarece que, desde a independência, os políticos da Índia “jogam com oportunidade de intercambiar privilégios de grupos por lealdades eleitorais”, pelo que “o maior programa de ação afirmativa do mundo, estruturado sobre o sistema de castas, também é uma fonte de amargas disputas e de perene violência política”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, págs. 280.

²²⁸ Como líder da religião hindu, Gandhi era um árduo defensor do sistema de castas, pois a considerava um costume sadio relevante para promover o bem-estar. Entretanto, Gandhi tentava conciliar as proibições impostas pelo sistema de castas, tal como compartilhar a mesa de refeições e contrair matrimônio com pessoas de castas diferentes, à ideia de coesão nacional. Suas opiniões se fundavam numa noção religiosa de pureza corporal, porém isso não o impedia de considerar alternativas para o abrandamento da hierarquia das castas, preservando, contudo, o núcleo do sistema. Exaltava as virtudes intrínsecas da religião, mas rejeitava as injustiças cometidas em nome das castas, razão pela qual defendia uma extinção gradual das diferenças na busca pela prática de uma igualdade, mas não a abolição das castas por lei. A “intocabilidade”, no entanto, era considerada por Gandhi uma excrescência oposta ao hinduísmo e esta, sim, deveria ser abolida por lei sem demora. Gandhi se posicionou contrário ao acordo que Ambedkar realizara com os britânicos para a criação de um eleitorado separado para os intocáveis. Para Gandhi, a instituição de um corpo eleitoral separado para os “intocáveis” representaria a divisão do eleitorado hindu e julgava que a medida conduziria à divisão política dos indianos, o que interessava apenas ao poder colonial. Em razão disso, prometeu uma “greve de fome até a morte” contra a separação do eleitorado, a menos que a decisão fosse revertida. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 287-288. No mesmo sentido, cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 49.

²²⁹ A greve de fome deflagrada por Gandhi contra a separação do eleitorado despertou e Ambedkar o temor da morte de Gandhi, pois isso poderia provocar matanças incontáveis de párias por hindus de casta. Assim Ambedkar aceitou trocar o compromisso original por uma regra de reserva de cadeiras parlamentares para os “intocáveis”. O documento denominado Lei de Poona consagrou, embora a contragosto de Gandhi e aceito como um mal menor, o acordo entre Gandhi e Ambedkar e foi depois inscrito na Constituição. Este acordo é considerado o marco inicial da discriminação positiva na Índia. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 288.

Nestas condições, pode-se concluir que, na Índia, as políticas de preferências começaram ainda na época da colonização britânica, antes mesmo da independência, com o intuito de ajudar os mais pobres e mais discriminados em relação a outros grupos, sendo expandidas após a declaração de independência.

Com efeito, a luta pela independência da Índia fora conduzida por uma elite dirigente nativa, constituída, em sua grande parte, por brâmanes que concebiam o sistema de castas como característica que identificava e distinguia a sociedade indiana e que, portanto, deveria ser preservada para marcar a separação entre a Índia e o Ocidente. Essa elite, inspirada numa ideologia nacionalista advinda da Europa, passou a exigir a partida dos britânicos.

Enfim, em agosto de 1947²³⁰, a Índia finalmente alcançou a independência nacional, sendo que, naquele mesmo ano, iniciaram-se as reuniões da Assembleia Constituinte instalada a partir de acordo com os britânicos. Ambedkar, então Ministro da Justiça do Governo de Jawaharlal Nehru e membro da Assembleia Constituinte que daria origem a República da Índia, representando a Federação das Castas Identificadas, presidiu o Comitê de Redação que elaboraria a mais extensa Constituição do mundo, contando com 395 artigos.

Apesar do primeiro Ministro Nehru não ser favorável às políticas de reserva²³¹, Nehru e seus seguidores do Partido do Congresso não se opuseram às posições do então presidente da Comissão de elaboração da Constituição da Assembleia Constituinte, B. R. Ambedkar, que era a favor de conferir uma base constitucional para as políticas de reservas em benefício dos intocáveis²³².

A não oposição à política de reservas se ancorou, basicamente, em dois motivos: primeiro, porque a maioria desejava livrar-se do estigma que lhes marcava de representantes dos interesses dos hindus de castas; e, segundo, e mais relevante, que os constituintes nutriam a expectativa de que a discriminação positiva fosse um

²³⁰ A declaração de independência deu-se em agosto de 1947 e Gandhi morreu em janeiro do ano seguinte, assassinado a tiros em Nova Délhi por um extremista hindu. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 289.

²³¹ Cf. JOÃO FERES JÚNIOR ... (et al.), *op. cit.*, pág. 53.

²³² "A ausência de Gandhi facilitou o acordo entre Ambedkar e a maioria ligada ao Partido do Congresso para a introdução das cláusulas de discriminação positiva, sendo a Lei de Poona o modelo empregado pelos constituintes. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 290.

expediente transitório e de pouca duração²³³, algo em torno de uma década²³⁴, (artigo 337²³⁵), que se extinguiria paralelamente à eliminação dos preconceitos sociais contra os intocáveis, ou dalits.

Assim, em 26 de janeiro de 1950, entrou em vigor a Constituição da República da Índia²³⁶. O artigo 14²³⁷ da Constituição, inserido na Parte III, intitulada “Dos Direitos Fundamentais”, e inspirado na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, estabeleceu que o Estado não deverá negar a qualquer cidadão igual tratamento perante a lei, nem a igual proteção das leis dentro do território da Índia, proclamando, tal qual a 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Também no conjunto de provisões dos “Direitos Fundamentais”, o artigo 15²³⁸, na mesma linha do artigo antecedente, estabeleceu que o Estado não deveria discriminar nenhum cidadão com base apenas em religião, raça, casta, sexo, local de nascimento ou qualquer um deles. Explicitamente, vetou qualquer restrição ou condição com relação a acesso a lojas, restaurantes públicos, hotéis, locais públicos de entretenimento, além do uso de poços, tanques, reservatórios de água, balneários, estradas e locais mantidos com dinheiro públicos ou dedicados ao uso

²³³ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op.cit.*, pág. 290.

²³⁴ Em 1949, por ocasião dos debates da Assembleia Constituinte, os próprios líderes dos intocáveis propuseram um prazo de dez anos para a política de reservas, de modo a evitar oposição política e conflito social. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág. 16.

²³⁵ Article 337: “*Provided that at the end of ten years from the commencement of this Constitution such grants, to the extent to which they are a special concession to the Anglo- Indian community, shall cease:*”. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²³⁶ Conteúdo disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/vade-mecum-estrangeiro,constituicao-da-india-constitution-of-india,31254.html>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²³⁷ “Article 14. *Equality before law.—The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India*”. *Constitution of Índia*. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²³⁸ Article 15. *Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth.— (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.* Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

do público em geral.²³⁹ Em seguida, em seu artigo 17²⁴⁰, aboliu a intocabilidade, tornando-a uma prática proibida de toda e qualquer forma.

Não obstante as inúmeras afirmações do princípio da igualdade nos artigos mencionados, no artigo 16²⁴¹, que inicia estabelecendo a igualdade de oportunidade de todos os cidadãos no acesso aos empregos públicos, a cláusula 4²⁴² abriu uma exceção e conferiu ao Estado o direito de fazer provisão de reserva de cargos públicos em favor de qualquer classe atrasada de cidadãos (*backward classes of citizens*) que, na opinião do Estado, não estivesse adequadamente representada no serviço público.

Para além disso, o artigo 46²⁴³ estabeleceu proteção especial aos interesses educacionais e económicos dos setores mais fracos do povo e, em particular, das Castas Programadas (*Scheduled Castes*) e das Tribos Agendadas (*Scheduled Tribes*), devendo protegê-los da injustiça social e de todas as formas de

²³⁹ Article 15. (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to— (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public. Disponível em: <http://legislative.gov.in/sites/default/files/coi-4March2016.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

²⁴⁰ “Article 17: Abolition of Untouchability.—Untouchability// is abolished and its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of —Untouchability// shall be an offence punishable in accordance with law.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁴¹ “Article 16. (1) There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁴² “Article 16. (4) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens which, in the opinion of the State, is not adequately represented in the services under the State.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁴³ “Article 46. Promotion of educational and economic interests of Scheduled Castes, Scheduled Tribes and other weaker sections.—The State shall promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people, and, in particular, of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes, and shall protect them from social injustice and all forms of exploitation”. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

exploração. Diversos outros dispositivos, a exemplo dos artigos 330²⁴⁴ e 332²⁴⁵, estabeleceram também reservas de assento nas legislaturas provinciais e nacionais para membros das *Scheduled Castes e das Scheduled Tribes*²⁴⁶.

Desta forma, as chamadas cláusulas de discriminação positiva, como lá são conhecidas, ganharam base constitucional, abrindo caminho para a introdução das emendas posteriores que conferiram e, conferem, à Índia a condição de país detentor do mais “amplo e antigo” programa de discriminação positiva do mundo²⁴⁷.

Entretanto, uma contestação ao sistema de cotas para a admissão nas escolas de medicina do Estado de Madras chegou à Suprema Corte indiana, ocasião em que o ato foi declarado inválido por ferir o princípio da igualdade. O fato levou o Parlamento a reagir, votando a primeira emenda à Constituição no ano de 1951, emenda esta que inseriu no artigo 15 a cláusula 4²⁴⁸.

A partir de então, o Estado foi autorizado a fazer qualquer provisão especial para o avanço de quaisquer classes de cidadãos social e educacionalmente atrasados (*backward classes of citizens*), ou para as castas programadas (*Scheduled Castes*) e as tribos agendadas (*Scheduled Tribes*).

²⁴⁴ “Article 330. Reservation of seats for Scheduled Castes and Scheduled Tribes in the House of the People. (1) “Seats shall be reserved in the House of the People for (a) the Scheduled Castes; (a sub-cláusula “b” foi posteriormente inserida no texto da Constituição pela emenda de número 51 de 1984: (b) the Scheduled Tribes except the Scheduled Tribes in the autonomous districts of Assam); and (c) the Scheduled Tribes in the autonomous districts of Assam.”. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁴⁵ “Article 332. Reservation of seats for Scheduled Castes and Scheduled Tribes in the Legislative Assemblies of the States.—(1) Seats shall be reserved for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes, except the Scheduled Tribes in the autonomous districts of Assam, in the Legislative Assembly of every State.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁴⁶ As expressões constitucionais em inglês “*Scheduled Castes*” e “*Scheduled Tribes*” derivam da primeira lista (*schedule*) de castas consideradas atrasadas que fora produzida pelo governo colonial britânico em 1935. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, op.cit., pág. 282.

²⁴⁷ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, op.cit., pág. 282.

²⁴⁸ Article 15, 4: “Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes”. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

A redação constitucional da cláusula 4, do artigo 15, é explicitamente imperativa em seus termos ao afirmar que nada, no artigo 15 ou na cláusula 2²⁴⁹ do artigo 29, impedirá o Estado de fazer qualquer provisão especial para o avanço de “quaisquer classes de cidadãos social e educacionalmente atrasados” (*backward classes of citizens*), ou para as castas programadas (*Scheduled Castes*) e as tribos agendadas (*Scheduled Tribes*).

Vale destacar ainda a atuação da americana Fundação Ford na propagação das políticas de cotas na Índia. Após uma mudança de política interna²⁵⁰, a Fundação Ford organizou-se para atuar agressivamente também no exterior. Presente na Índia desde o ano de 1952, quando inaugurou seu primeiro escritório regional em Nova Délhi, a Fundação também participou ativamente no processo de expansão das políticas preferenciais, adequando e definindo os contornos da “diversidade” na moldura do sistema de castas, dirigindo recursos para os defensores da ação afirmativa em benefício das “castas desfavorecidas”²⁵¹

Passadas algumas décadas, já em 1995, a emenda de número 77 inseriu a cláusula 4A²⁵² ao artigo 16, permitindo a discriminação positiva nas promoções no serviço público ao estabelecer a provisão de reserva às castas ou tribos não adequadamente representadas nos serviços do Estado. Em 2005, a 93ª Emenda inseriu a cláusula 5²⁵³ ao artigo 15, permitindo também a discriminação

²⁴⁹ Na cláusula 2 do art. 29, no entanto, a constituição rejeita qualquer tipo de discriminação nas admissões a instituições de ensino. “29. *Protection of interests of minorities.*—(1) Any section of the citizens residing in the territory of India or any part thereof having a distinct language, script or culture of its own shall have the right to conserve the same. (2) No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁵⁰ Segundo Demétrio Magnoli, o patrimônio financeiro legado pelos fundadores transformou a Fundação Ford na maior entidade filantrópica do mundo, redefinindo também sua missão numa perspectiva internacional. Assim, “desde as origens, a Fundação Ford viu-se a si mesma como um ator global. O poderio financeiro da Fundação conferia-lhe uma capacidade de projetar influência muito além das fronteiras americanas e ela organizou-se para atuar agressivamente no exterior. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, op.cit., págs. 89 e 97.

²⁵¹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op.cit., pág. 97.

²⁵² “Article 16. (4A) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for reservation in matters of promotion, with consequential seniority, to any class or classes of posts in the services under the State in favour of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes which, in the opinion of the State, are not adequately represented in the services under the State.” Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁵³ Article 15, 5: “Nothing in this article or in sub-clause (g) of clause (1) of article 19 shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so

positiva na admissão em instituições educacionais, incluindo instituições privadas, auxiliadas ou não pelo Estado.

Tais subvenções, por terem sido concebidas inicialmente como uma “concessão especial para a comunidade anglo-indiana”, e, portanto, como uma exceção de índole temporária²⁵⁴, deveriam cessar, originalmente, nos termos do artigo 337²⁵⁵, num prazo de 10 anos²⁵⁶, mas tem sido prorrogadas, estendidas e ampliadas como afirma Thomas Sowell, “vezes sem fim²⁵⁷”, razão pela qual, mais de 69 anos após a promulgação da Constituição, não só continuam em vigor, como também se aplicam e albergam três quartos da população da Índia.²⁵⁸

Voltando à previsão constitucional da ampliação dos grupos de preferencias, através da introdução na cláusula 4, do artigo 15, da expressão “quaisquer classes atrasadas de cidadãos” pela primeira Emenda, as medidas inicialmente concebidas para lidar com a particular situação de discriminação sofrida pelos “intocáveis” foram estendidas para outros que se julgassem estar em situação semelhante de desvantagem. Essa particular alteração proporcionou o espaço oportuno para que muitos outros grupos fossem incluídos na provisão

far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30”. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁵⁴ As ações afirmativas, à unanimidade conceitual e histórica, são medidas excepcionais que devem ser criadas para serem expedientes de duração temporária e de fim anunciado. No entanto, com base em longo e profundo estudo que tem suporte em uma pesquisa empírica, Thomas Sowell afirma que a ideia, comum a todos os que iniciam ação afirmativa em muitos países, de criar cotas com o fim de combater desigualdade econômica e social atribuindo-lhe temporariedade pressupõe um grau de “conhecimento e controle bem mais abrangentes do que alguém tem sido capaz de exercer” que se mostrou ilusório “em qualquer país em que programas preferenciais foram instituídos”. O autor chega a conclusão que “um programa “temporário” para eliminar uma condição que existe há séculos é quase uma contradição de termos”. Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, págs.19 e 29.

²⁵⁵ “Article 337. Special provision with respect to educational grants for the benefit of Anglo-Indian community.—During the first three financial years after the commencement of this Constitution, the same grants, if any, shall be made by the Union and by each State for the benefit of the Anglo-Indian community in respect of education as were made in the financial year ending on the thirty-first day of March, 1948. During every succeeding period of three years the grants may be less by ten per cent. than those for the immediately preceding period of three years: Provided that at the end of ten years from the commencement of this Constitution such grants, to the extent to which they are a special concession to the Anglo-Indian community, shall cease: Provided further that no educational institution shall be entitled to receive any grant under this article unless at least forty per cent. of the annual admissions therein are made available to members of communities other than the Anglo-Indian community. Conteúdo disponível em: <http://www.legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

²⁵⁶ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág.16.

²⁵⁷ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág.42.

²⁵⁸ Cf. THOMAS SOWELL, *op.cit.*, pág.74.

“outras classes atrasadas”, passando a ter acesso aos programas de preferências a empregos e outros benefícios.

O fato é que a imensa extensão territorial do país contribui para as diferenças de realidade social em cada região. A região sul, por exemplo, de acordo com Demétrio Magnoli²⁵⁹, é formada por poucas elites de origem brâmanes que se defrontam com uma grande maioria de pobres, haja vista que quase não se tem a presença de classes média. Já na região norte ocidental, além das elites econômicas não possuírem, historicamente, identidade com brâmanes, há um grande e diverso número de camadas sociais desprovidas que não podem ser incluídas como “castas tabeladas” (*Scheduled Castes* e *Scheduled Tribes*), mas que sofrem a distância que as separa das elites.

Essa realidade levou lideranças ávidas por clientelas políticas a pressionar por suas inclusões aos programas preferenciais como solução para o problema, enquanto, paralelamente, outros tantos indivíduos e grupos procuraram se reclassificar na tentativa de também serem considerados membros ou integrantes de “outras classes atrasadas”, a fim de terem acesso a tirar algum proveito das políticas preferenciais voltadas aos grupos em desvantagens²⁶⁰. Inevitavelmente, isso resultou num tumultuoso conflito entre castas que passaram a concorrer entre si pelo acesso a cotas e reservas²⁶¹.

²⁵⁹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op.cit., pág. 291.

²⁶⁰ Cite-se o exemplo dos Gujares, grupo étnico pertencente ao varna kshatriya, o estamento militar governante no sistema social tradicional, que habita predominantemente o norte da Índia e constituem cerca de 7% da população do estado do Rajastão. Os gujares lutaram e conseguiram o rebaixamento de seu grupo no sistema oficial de castas para obter cotas reservadas no serviço público e nas universidades, o que fora firmado através de um acordo com o Governo do Estado do Rajastão, o qual assegurou aos gujares 5% nos cargos no funcionalismo. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, op.cit., pág. 279.

²⁶¹ À guisa de ilustração, 12% dos habitantes do estado do Rajastão se identificam como integrante da casta meena. Antes do acordo que reservou 5% dos cargos no funcionalismo para os gujares, “os meenas ocupavam sozinhos a almejada posição inferior na pirâmide de castas do Estado do Rajastão”. A divisão das cotas como resultado do acordo provocou reação e conflito entre as castas. Em julho de 2007, uma passeata, na cidade de Peepal Khara, programada por cerca de cinquenta mil integrantes da casta meena, armados com facas e espadas, com o grito de “nenhuma cota para os gujares” foi impedida pela polícia, pois uma semana antes 25 pessoas morreram num confronto entre as duas comunidades. . Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, op.cit., págs. 296-297.

No final, essa expressão de sentido amplo, fez com que mais pessoas conseguissem tratamento preferencial do que os dálits e membros de grupos tribais para os quais os benefícios foram criados²⁶². O número de membros da categoria “outras classes atrasadas” superam, na atualidade, o número de intocáveis e de membros de grupos tribais juntos, na medida em que os intocáveis constituem apenas 16% da população total do país e os membros dos grupos tribais 8%, sendo ultrapassado, em larga medida, pelos 52%, de todos os indianos, que integram a categoria “outras classes atrasadas de cidadãos”²⁶³.

A reidentificação, ou reclassificação, pleiteada por indivíduos e grupos, assim como a ampliação das cotas para outros grupos afastam, segundo Thomas Sowell, as políticas preferenciais das justificativas iniciais em que se baseavam, na medida em que diluem os benefícios, especialmente quando mais da metade da população do país acha que tem direito a elas, como também colocam os beneficiários iniciais em condição ainda pior depois que os termos da competição são alterados²⁶⁴.

No caso dos dálits, além das majorias locais²⁶⁵ e do número de membros integrantes de “outras classes atrasadas” serem maiores, frequentemente esses membros possuem recursos complementares, dando-lhes melhores condições para tirar total vantagem das preferências, de modo que as cotas para funções no governo ou para ingresso na universidade terminam não sendo preenchidas pelos “intocáveis”, mas pelos membros das “outras classes atrasadas”²⁶⁶.

²⁶² Demétrio Magnoli destaca que os constituintes indianos quando construíram o edifício das discriminações positivas pensaram numa minoria constituída pelos antigos intocáveis e por algumas tribos muito pobres, mas a expressão “outras classes retardatárias” introduzida pela primeira emenda abriu espaço para demandas incontroláveis que transformaram a minoria em maioria. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*, op.cit., pág. 291.

²⁶³ Isso representa mais da metade da população do país. Cf. THOMAS SOWELL, op.cit., pág. 42.

²⁶⁴ Cf. THOMAS SOWELL, op. cit. pág. 26.

²⁶⁵ Na Índia, existem dois tipos de políticas de preferência: uma que confere às castas e tribos tabeladas, minorias nacionais consideradas desvalidas, o direito a preferências ou cotas em âmbito nacional; e outra, para vários grupos locais em seus respectivos Estados, onde cotas ou preferências têm sido destinadas para beneficiar os chamados “filhos da terra”, especialmente nos Estados onde forasteiros suplantam os locais e dominam nas competições pelo mercado de trabalho, pelas admissões nas universidades e nos empregos no governo. Cf. THOMAS SOWELL, op. cit. pág. 41.

²⁶⁶ Um estudo acadêmico exaustivo sobre grupos preferenciais na Índia concluiu que as cotas para “outras classes atrasadas” além de serem maiores que as cotas destinadas aos intocáveis e povos tribais, nunca deixam de ser preenchidas. Cf. THOMAS SOWELL, op. cit. pág. 74-75.

Em 1980, um relatório oficial na Índia ressaltou que o progresso de um grupo preferencial em detrimento de outro criou maior tensão e agravamento dos conflitos entre grupos pobres preferenciais competidores das cotas, do que entre estes grupos e as castas de elite²⁶⁷.

No ano de 2001, em razão da inclusão de novos grupos na categoria das classes atrasadas, houve uma manifestação no Estado indiano de Rajastan, onde se demandava a criação de “cotas fixas separadas para os atrasados originais”, com o fim de evitar que novos grupos incluídos reduzissem os benefícios gozados por aqueles para os quais haviam sido criados. Surgiram, então, os pleitos de “cotas dentro de cotas”.

Para além disso, dentro do próprio grupo de intocáveis e tribos tabeladas (*Scheduled Castes* e *Scheduled Tribes*) existem aqueles membros que são mais prósperos que os demais, a “nata” do grupo, e que, por tal razão, conseguem auferir maior parcela das cotas em detrimento dos mais desventurados.

A necessidade de recursos complementares a capacitar os que realmente precisam das cotas e preferências limita o proveito dos benefícios pelos membros mais pobres, razão pela qual tais benefícios acabam não sendo aproveitados por aqueles que realmente necessitam, mas sim, pelos mais afortunados dentro dos desvalidos. Essa foi outra realidade que também levou à demanda de políticas de “cota dentro de cota”, para evitar que a “nata” do grupo recebesse, e receba, o maior número de benefícios²⁶⁸.

Em verdade, estes recursos complementares, que por vezes podem ser traduzidos por ofertas em dinheiro ou através de uma boa base educacional, e em outras vezes por meio de capacitações, experiência para emprego, e ainda por meio do fornecimento de informação sobre o que está sendo disponível, são, segundo Thomas Sowell²⁶⁹, necessários para o proveito de facto das cotas e preferências na Índia.

²⁶⁷ Essa situação permaneceu nos anos 1990 quando embates violentos em vários Estados indianos se tornaram ainda mais comuns entre tais grupos como consequência das ações afirmativas. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 26.

²⁶⁸ Essas disparidades na distribuição dos benefícios levou a Suprema Corte da Índia, em 1992, a manter a exclusão dos indivíduos e grupos mais afortunados das cotas para as “classes mais atrasadas”, e a anular, em 1999, uma lei de cotas no estado de Kerala, que afirmava “não haver “nata das camadas” entre aquelas com preferências asseguradas pelo estado”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 52,56 e 74.

²⁶⁹ Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág.52.

Mesmo quando o governo oferta educação primária gratuita, a falta de dinheiro para custear os livros e o restante do material escolar impede o uso do benefício por aquelas pessoas muito pobres.

Por sua vez, isto também ocorre em se tratando de educação secundária, especialmente para os estudantes da zona rural que nem sempre tem uma escola em suas proximidades e os pais não tem condições de arcar com as despesas necessárias para transporte, alimentação, alojamento, moradia e mudanças para outros locais.

Da mesma forma quanto à educação superior, quando mesmo tendo a oferta de bolsas de estudo pelo governo, somente os que possuem alguma outra fonte confiável de recursos podem tirar proveito das bolsas.

Por conseguinte, muitas das vagas reservadas ou não são preenchidas pelos intocáveis, ou o são desproporcionalmente pelos membros mais afortunados desses grupos mais desvalidos²⁷⁰; ou ainda, mesmo optando por cursos mais fáceis em instituições menos exigentes, levam mais tempo para se formar, apresentando, ainda, maior índice de desistência em relação aos outros estudantes.

Tais benefícios deixam de ser aproveitados não só na área educacional, mas também nos empregos governamentais, nos programas para habitação, saúde, auxílio-maternidade e até mesmo nos “assentos nas legislaturas”²⁷¹. Ao final, as políticas de preferências destinadas inicialmente para a elevação dos níveis socioeconômicos das castas e tribos tabeladas, historicamente discriminadas e atrasadas, beneficiam, na realidade, apenas 6% das famílias dálits²⁷².

²⁷⁰ Um minucioso estudo acadêmico sobre grupos preferenciais na Índia concluiu que as cotas para as “outras classes atrasadas”, além de serem maiores que as destinadas aos intocáveis e povos tribais juntos, “jamais deixam de ser preenchidas”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 74-75.

²⁷¹ Até mesmo os assentos reservados para os intocáveis nas legislaturas acabam por ser desproporcionalmente ocupados pelos mais afortunados ou ainda por reclassificados. No Estado de Andhra Pradesh, 65 subcastas de intocáveis tinham direito a assentos legislativos, mas apenas 5 subcastas eram de facto representadas no legislativo estadual. No Estado de Rajasthan, a maioria dos assentos reservados para os intocáveis era ocupada por pessoas que não nasceram “intocáveis”. Certa feita, fora constatado que 16 dos 28 legisladores eram pessoas que tinham adquirido certificados de intocáveis para serem reclassificados e adotados para usufruírem do benefício das cotas. Essa “identificação de intocável também vem sendo utilizada por estudantes como meio de garantir o ingresso nas escolas de medicina e engenharia”, entre outras estratégias de reclassificação, a fim de obter vantagens dos grupos preferenciais e das cotas. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 56.

²⁷² Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 45.

Assim, independentemente da existência e oferta das políticas de preferências e cotas, para essas pessoas muito pobres poucas são as chances reais de adquirirem educação.²⁷³ Ademais, quando os benefícios de tais políticas se voltam, de forma desproporcional, para indivíduos dentro dos grupos indicados em situação menos desvantajosa e que, possivelmente, encontrem-se em posição mais favorável dos que os integrantes da população geral do país, o objetivo das políticas de ação afirmativa, cujo propósito é compensar desvantagens econômicas existentes, como afirma Thomas Sowell, acaba por ser “minado”²⁷⁴.

Outro aspecto importante a ser analisado é a violência registrada²⁷⁵. As estatísticas do governo²⁷⁶ revelam que a violência contra os intocáveis sempre existiu²⁷⁷, mas nunca diminuiu com as políticas de preferência. Muito pelo contrário! Aumentou trazendo consequências amargas à sociedade indiana. Segundo Thomas Sowell, o aumento da violência está intrinsecamente associado aos antagonismos e oposições contra as políticas de preferências conferidas aos dálits²⁷⁸, à competição

²⁷³ Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 52/53.

²⁷⁴ Apesar de na Índia existir uma consciência pública a respeito das disparidades na distribuição de benefícios e de tal fato ser conhecido há muito tempo, nenhuma alternativa fora proposta para efetivamente ajudar os menos afortunados. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 26 e 74.

²⁷⁵ Como já mencionado, a imensa extensão Territorial da Índia proporciona diferentes realidades sociais no país, as quais fazem da Índia, como afirma Thomas Sowell, “uma nação de contrastes gritantes”. Essa realidade se aplica também quando o assunto é a violência contra os “intocáveis”. O Sexto Relatório Anual da Comissão para Castas Tabeladas e Tribos tabeladas em 2001 revelou que apenas 3 Estados na Índia foram responsáveis por cerca de dois terços de todas as atrocidades cometidas contra os intocáveis, enquanto existiam Estados em que nenhuma fora praticada. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 44/47.

²⁷⁶ Apesar da violência contra os intocáveis não ser uma manifestação geral em todo o país, também não se revelam por exceção em incidentes isolados. Estatísticas do governo mostram que as atrocidades, oficialmente registradas, cometidas contra os intocáveis jamais caíram dos 13 mil crimes por ano durante a década de 1980, ultrapassaram os 16 mil em 1984 e galgaram mais de 20 mil crimes anuais na década de 1990. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 45.

²⁷⁷ Como já mencionado, os intocáveis sempre foram discriminados ao ponto de não poderem manter qualquer contato com hindus de castas, nem mesmo suas sombras poderiam ser projetadas sobre um hindu de casta. Essa discriminação deu ensejo a uma escalada de violência e revides atroz, desumanos, cruéis em meio a sociedade indiana. Episódios como o de uma menina intocável que teve as orelhas decepadas por ter tirado água de um poço reservado para as castas hindus; uma revolta que terminou com a morte de um intocável causada por ter uma mulher intocável colocado seu pote sobre o de uma mulher hindu num local onde os intocáveis tinham permissão para tirar água do mesmo poço que os hindus e outros casos de ataques contra e atrocidades contra dálits são relatados por Thomas Sowell como sendo uma característica regular na maioria das regiões do país. A maioria deles seria perpetrado por coletividades que representariam interesses de castas superiores, incluindo massacres de homens, mulheres e crianças pertencentes aos patamares mais baixos da ordem social. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 44.

²⁷⁸ Thomas Sowell destaca que a crítica pública à ação afirmativa na Índia era pequena antes dos anos de 1970, mas aumentou, acompanhada de crescente violência, nos anos seguintes. Um estudo realizado em 1997 concluiu que “o sistema de cotas eliminou qualquer boa vontade que as castas superiores pudessem ter pelas mais baixas”, de certa forma por causa de uma “superestimação contumaz do alcance e da efetividade das políticas de preferência – as quais, na realidade, beneficiam

entre os demais beneficiados das cotas dentro da categoria “outras classes atrasadas”²⁷⁹ e aos ressentimentos e mágoas que não são produzidos simplesmente pela transferência de benefícios, mas pela “sensação de ter sido lesado” causada pela concessão dos privilégios.²⁸⁰

Por fim, os grupos preferenciais, afirma Thomas Sowell, provoca também perdas para a economia, de uma forma geral, em razão da falta de incentivos tanto para grupos preferenciais quanto para grupos não preferenciais, haja vista que os dois grupos podem perder a motivação em se esforçar, na medida em que para os primeiros, esforço e bom desempenho não são necessários²⁸¹; e, para os segundos, o engajamento pode se revelar em vão.

apenas estimados 6% das famílias de intocáveis”. O autor também traz relatos como o fato ocorrido no Estado de Gujarat onde “quarenta e duas pessoas morreram em tumultos por causa de vagas reservadas para os intocáveis numa escola de medicina” como “parte de uma tendência nacional para a violência contra os intocáveis, em meio a reações adversas contra políticas preferenciais em geral” (Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 35); e o relatório da Human Rights Watch de 1999, que denunciou que “mulheres dálits foram violentadas como forma de retaliação por homens de castas superiores quando surgiram movimentos organizados entre os intocáveis para que fossem colocadas em vigor as leis do salário mínimo ou outras reivindicações”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 45. No mesmo sentido, Demétrio Magnoli menciona uma pesquisa de uma entidade de estudos de Nova Délhi designada “Instituto para Controle de Conflitos”, que registrou 27 mil “crimes de castas” contra dálits no ano de 2007. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 294.

²⁷⁹ Em 1985, depois que o Estado de Gujarat ampliou as cotas para os membros das “outras classes atrasadas” de 10% para 28%, ocorreram revoltas “nas quais 275 pessoas morreram numa orgia de incêndios dolosos e assassinatos”. Embates violentos entre grupos pobres competidores se tornaram ainda mais comuns em muitos Estados indianos nos anos de 1990. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 75 e 27. Em julho de 2007, 25 pessoas morreram num confronto entre integrantes das castas meena e gujares no estado do Rajastão. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 296-297.

²⁸⁰ Segundo Thomas Sowell, “as políticas de ação afirmativa são, quase sempre encaradas, por defensores e por críticos, como transferência de benefícios de um grupo para outro”. Contudo, o autor chama a atenção para o fato de que não é a simples transferência de benefício que provoca antagonismo e ressentimento entre os grupos, mas a base de tais transferências revelada na própria concessão de um privilégio especial a gerar em outro “a sensação de ter sido lesado” por alguém. É por tal razão, que mesmo “transferências insignificantes de benefícios levaram a sentimentos de indignação que, repetidamente, irromperam com força letal”, a exemplo das quarenta e duas pessoas que morreram em tumultos por causa de vagas reservadas para os intocáveis numa escola de medicina do Estado de Gujarat, quando as vagas reservadas eram apenas sete. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 35.

²⁸¹ Na Índia, padrões objetivos de avaliação frequentemente têm sido compensados com padrões subjetivos que possibilitam a adição de pontos às notas de candidatos menos afortunados ao ingresso nas universidades, subtraindo pontos daqueles com mais possibilidades, numa clara conduta empregada como contrapeso para compensar qualificações deficientes verificadas por critérios objetivos. Dois exemplos são mencionados por Thomas Sowell: no primeiro, os candidatos a ingresso numa escola de medicina em Tamil Nadu deveriam se submeter a uma avaliação cujo total de pontos somava 275. Destes 275 pontos, 75 podiam ser recebidos por atributos como esportes, atividades extracurriculares, “aptidões” e “habilidades gerais” constatados em entrevistas que duravam aproximadamente três minutos por candidato. Ao final, “as notas conferidas aos candidatos nas entrevistas demonstraram o que um tribunal indiano chamou de padrão “perturbador” de discrepância em relação às notas dos outros critérios”. No outro caso, “muitos estudantes cujos desempenhos nos testes universitários não eram em absoluto satisfatórios nem possuíam históricos escolares meritórios, receberam, apesar disso, notas muito altas nas entrevistas, enquanto grande

Na Índia, esta constatação ficou ainda mais clara quando um líder de uma campanha por políticas de preferências no estado de Hyderabad enfatizou: “será que não temos direito a empregos só porque não somos qualificados?”

Mesmo depois de quase sete décadas de implantação constitucional²⁸² das discriminações positivas na Índia, as antigas desigualdades sociais e econômicas entre as castas não tiveram nenhuma modificação estrutural. De uma forma geral, o país tornou-se menos pobre e todas as classes sociais melhoraram seu padrão de vida, mas a distância entre as classes média e a grande população não foi reduzida²⁸³.

Para Thomas Sowell, mesmo onde as estatísticas mostram um progresso dos grupos preferenciais “- e quase sempre eles não existem”, não dá para determinar o quanto desse progresso se deve às políticas de discriminação positiva e “não a outros fatores que estejam operando ao mesmo tempo”, haja vista que a própria dinâmica da implantação das ações afirmativas refletem alterações que já estavam acontecendo antes do início das cotas.²⁸⁴

Na prática, afirma Thomas Sowell, a ação afirmativa na Índia produziu²⁸⁵ benefícios mínimos para os mais necessitados e perdas, ressentimentos e hostilidades máximos contra eles por parte de outros. O fracasso na consecução dos objetivos dos programas pode ser o menor dos problemas por eles criados²⁸⁶.

número de estudantes com conceitos elevados nos testes universitários e com desempenhos muito satisfatórios em séries anteriores tinham tirado notas baixas nas entrevistas”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 74/76.

²⁸² Mais precisamente 69 anos de discriminação positiva na Índia, considerando apenas o tempo em que passaram a ser previstas na Constituição. Se considerarmos o ano da primeira medida em 1932, através da lei de Poona, serão não apenas 69, mas 87 anos de discriminação positiva no país.

²⁸³ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 295.

²⁸⁴ O minucioso, exaustivo e profundo estudo e pesquisa realizados por Thomas Sowell em diversos países do mundo onde as ações afirmativas foram implantadas mostrou que os maiores progressos aconteceram antes da adoção das medidas discriminatórias e não depois, como nos Estados Unidos, Índia, Malásia, Sri Lanka, Nigéria, Indonésia, em Quebec no Canadá e muitas regiões da África Subsaariana. Especificamente no caso da Índia, relata que um estudo em Bombaim revelou que os habitantes do estado de Maharastra tiveram um marcante progresso antes mesmo da implantação das políticas de discriminação positiva para a contratação preferencial dos cidadãos nativos pelo governo daquele Estado. O autor explica que parte desse progresso se deu em razão do grande crescimento das matrículas escolares naquele estado, bem como pela rápida expansão do ingresso nas faculdades, situações que ocorreram antes da criação dos grupos e preferências Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 36/37.

²⁸⁵ O estudo e pesquisa de Thomas Sowell é travado essencialmente nas consequências reais dos programas de ação afirmativas e não sobre sua teoria, argumentações filosóficas, racionalizações, esperanças e promessas. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 15.

²⁸⁶ O objetivo principal dos grupos de preferência era ajudar os mais pobres e os mais discriminados em relação a outros grupos, mas a disparidade na distribuição dos benefícios das cotas de grupos que acabam indo de forma desproporcional para os mais afortunados que não precisam tanto deles revelou que o fracasso de tais programas pode ser um dos menores problemas. O sistema de cotas das ações afirmativas na Índia, como alhures mencionado, trouxe também polarização entre os

Seriam necessárias muitas mudanças culturais a começar pela perspectiva das discussões sobre tais políticas que focam em suas justificativas e benefícios presumidos deixando de lado os efeitos empíricos reais²⁸⁷.

Para ele, pensar no sucesso dos estudantes em desvantagem social na educação superior tem que começar anos antes de eles chegarem à universidade, isto é, oferecendo-lhes o fundamento educacional de que necessitam. Mas, essa é uma tarefa difícil, que por um lado exige autodisciplina, esforço, dedicação e trabalho duro por parte dos estudantes em desvantagem, e por outro possui perspectiva de resultados em nível universitário apenas a longo prazo, o que não é nada incentivador, especialmente quando nesse meio-tempo está a mão o caminho mais fácil via grupos de preferência e das cotas²⁸⁸. Estes podem trazer melhoras nas estatísticas imediatas, mas como assevera Thomas Sowell, “a igualdade do “faz de conta” resultante de sua presença física tanto pode ser um arremedo como um obstáculo para a conquista autêntica”²⁸⁹.

A histórica da Índia em ações afirmativas indiscutivelmente traz lições que podem ser tomadas por outros, inclusive para o Brasil, pois afinal, como afirma o filósofo espanhol George Santayana²⁹⁰, “quem não conhece o passado, está condenado a repeti-lo”. Como será visto no próximo capítulo, muito da história da Índia já começa a se repetir no Brasil.

grupos, perdas para a economia em virtude da falta de incentivos para os grupos preferenciais e para os não preferenciais, perdas sociais resultantes dos ressentimentos intergrupos e perigos reais para a sociedade resultante da difusa e grande violência. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 40, 75.

²⁸⁷ Para THOMAS SOWELL, “o primeiro desafio é abrir mão da fácil indulgência que cerca o melodrama moral e olhar para as consequências reais da ação afirmativa, em vez de cogitar sobre seu racional ou sua visão”. Não se pode resumir tudo a uma questão teórica de ser, ou não, a favor dos menos afortunados. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 39, 78.

²⁸⁸ Segundo Demétrio Magnoli, na Índia, os programas de preferências ou cotas se transformaram em um instrumento de conquista de clientelas eleitorais pelos partidos nacionais e regionais. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 295.

²⁸⁹ Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* págs. 78/79.

²⁹⁰

3. História das Ações Afirmativas Raciais no Brasil.

“A idéia de “raça” é uma das mais abusivamente empregadas entre nós. (...) O número das raças puras é limitadíssimo, sendo poucos, em nossos dias, os exemplares de verdadeiros espécimes de raças, virgens de mescla. No negro importado para o Brasil, o olhar instruído do etnologista pode encontrar, além da estampa da raça etíope, de Blumenbach, ou negróide, de Huxley, traços de malaios e árabes, introduzidos na África, em várias épocas de migração. Todos os tipos mediterrâneos, a que pertencem os nossos colonos antigos e modernos, são mestiços. É, assim, difícilimo generalizar juízos sobre a capacidade específica das diversas raças: (...) O homem moderno resulta, muito mais diretamente, do meio que habita, e, principalmente, da sociedade que o cerca, que dos impulsos congênitos da sua estirpe. Brasileiros, o nosso afeto patriótico deve abranger, numa igual e completa cordialidade, os descendentes dos portugueses, dos negros, dos índios, dos italianos, dos espanhóis, dos eslavos, de alemães, de todos os outros povos, que formam a nossa nação. Fora destes, não temos que reconhecer senão homens, senão semelhantes, seres da mesma natureza e do mesmo espírito, para quem o nosso país teve sempre abertas, com urbanidade e franqueza talvez inigualadas, e com vivos transportes de hospitalidade, casas e almas.” Alberto Torres.²⁹¹

Diferentemente dos Estados Unidos, onde a classificação racial era bem definida²⁹², a segregação racial institucionalizada e a discriminação era posta em prática por meio de leis que, convertendo o negro em cidadão de segunda classe²⁹³, proibiam as relações interracial²⁹⁴, no Brasil, após a abolição da

²⁹¹ O texto, escrito em 1912, é parte integrante de uma coletânea de artigos publicados no Jornal do Commercio em 1912, sob o título “Canaã” e de um discurso proferido no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Nele, o autor critica a ideia de “raça” e destaca, já naquela época, que poucas pessoas poderiam ser identificadas com uma raça pura, “virgem de mescla”. Cf., ALBERTO TORRES, O Problema Nacional Brasileiro, Versão para eBook eBooksBrasil.com, Fonte Digital, Digitalização da 3a. edição, © 2002, págs. 34 e ss.

²⁹² O modelo racial bipolar dos Estados Unidos era bem definido pelo critério da ancestralidade esboçado pela regra da gota de sangue única, introduzida nos Estados Unidos pela mais célebre das leis antimiscigenação, a Lei do Estado da Virgínia de 1924. A regra, clara e objetiva, removeu a possibilidade de qualquer ambiguidade na identificação e classificação das raças ao estabelecer que qualquer traço de sangue não branco era suficiente para excluir a pessoa da raça branca. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 120.

²⁹³ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 87-88.

²⁹⁴ Muitas leis antimiscigenação existiram nos Estados Unidos antes da Lei da Virgínia de 1924, mas esta é considerada a mais célebre das leis antimiscigenação do país, haja vista que não só decretou a ilegalidade do casamento de brancos com não brancos, como estabeleceu um critério objetivo para a definição daquelas raças. Para a lei da Virgínia de 1924, que sedimentou, na política e na legislação, a ideia de pureza “racial”, a miscigenação significava degeneração e contaminação racial, razão pela

escravatura, nunca houve barreiras institucionais formais, nem tentativa de restringir a negros, ou a qualquer outra “raça”²⁹⁵, o acesso a determinadas atividades ou lugares por causa de “raça” ou cor da pele, tampouco houve qualquer tentativa de classificar as “raças” mediante critérios objetivos preestabelecidos, como o traço de sangue nos Estados Unidos²⁹⁶.

É de se destacar, portanto, que diferentemente do que é politicamente disseminado, no Brasil não se deve ter uma visão da história como um conflito de “raças”, uma vez que a escravidão e o tráfico de escravos não foram condutas baseadas na “raça”, mas atos ligados ao sistema mercantil colonial que associava elites da Europa, América e da própria África para a escravização de seres humanos, não em razão da cor de sua pele, mas em função da economia e da política de reinos africanos que viviam disso, bem como de um sistema de comércio e de tráfico imperialista que rendia bastante lucro²⁹⁷.

Apesar de, no século XIX, o racismo científico ter sido utilizado para explicar a escravidão²⁹⁸ pela “raça” no processo de imperialismo europeu, no Brasil do Império, as teorias “racistas” eram secundárias e de menos importância, uma vez que as diferenças entre as pessoas eram definidas pela propriedade, em especial, pela propriedade de escravos.

Naquele período, no Brasil, qualquer pessoa livre, até mesmo escravos, para afirmar a sua liberdade, tornava-se um proprietário de escravo, mesmo que de 1 ou 2, pois ter escravos era um sinal de status. Assim, a distinção

qual, nos Estados Unidos “o mestiço não tem o direito de existir”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 152.

²⁹⁵ Endossando a tese científica da inexistência de “raças” e a sugestão do geneticista Sérgio Pena, a palavra será escrita entre aspas. Cf., SÉRGIO PENA, *Humanidade Sem Raças? Op. cit.*, pág. 6.

²⁹⁶ Neste sentido, após a abolição da escravidão, ou seja, na história republicana, não há registro de qualquer ato normativo que impedisse a participação do negro, pela qualidade de sua cor, na atividade pública ou nas relações privadas. Assim, diversamente dos Estados Unidos, nunca houve no Brasil um “racismo” institucionalizado com leis que impedissem, por exemplo, casamento entre brancos e negros, diferenciação de ocupação de espaços públicos ou privados, etc. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op. cit.*, pág. 163.

²⁹⁷ Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, 334.

²⁹⁸ Apesar da ciência ter sido utilizada a serviço dos escravocratas nos séculos XVIII e XIX, não há dúvidas que a escravidão do ser humano atinge obstinadamente a integridade e a dignidade humanas. Como afirma Jorge Reis Novais, a violação da dignidade como integridade humana não ocorre somente em situações raras e quase impensáveis como no caso do *canibal de Rotenburg*, mas ocorre também em situações típicas como a escravatura humana, o tráfico de pessoas, “ainda que, nesses casos, a dimensão de dignidade como garantia da integridade contra violações da irredutível humanidade dos afectados surja normalmente subalternizada relativamente à mais frequente invocação da simultânea violação da autonomia e da livre autodeterminação pessoais”. Cf. Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana. 2ª v., ob. cit.*, pág. 105.

primária era realizada entre homens livres e escravos, e a secundária, entre homens livres proprietários e não proprietários, o que se revelava suficiente para a ordem social vigente²⁹⁹.

Infere-se, portanto, que no Brasil a escravidão esteve ligada não ao conceito de “raças”, como nos Estados Unidos da América, mas à ideia de que era natural que os seres humanos pudessem ser escravizados. Naquele período, não era preciso nenhum conceito social para justificar a escravidão porque não existia a ideia, que nasce com o iluminismo no século XVIII, de que as pessoas são iguais. Aliás, tal ideia de igualdade iluminista, apesar de ter chegado ao Brasil com quase um século de atraso, tornou-se pensamento dominante e envolveu brancos, negros e mestiços na luta contra a escravidão³⁰⁰.

Pois bem! Embora a miscigenação tenha ocorrido em maior ou menor escala em todos os lugares, enquanto nos Estados Unidos ela significava degeneração e contaminação racial, razão pela qual foi completamente rechaçada como fator identitário, prevalecendo o princípio da separação e a legitimação da desigualdade racial, no Brasil ela não se manifestou como uma chaga, mas como a sua principal virtude³⁰¹, uma marca da identidade nacional. O principal problema do país não estava na diferença de cor, mas na desigualdade social, na pobreza que afligia, e continua a afligir, brancos e negros, indistintamente³⁰².

²⁹⁹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 148.

³⁰⁰ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *Debate de cotas raciais nas universidades*, Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=6sS5S_bvAKY. Acesso em 02 de março de 2019.

³⁰¹ Como bem afirma Ali Kamel, Gilberto Freire constatou que a realidade do Brasil era a da mestiçagem, e não de uma democracia racial traduzida em um convívio sem conflito entre raças estanques. Destaca Kamel que Freire resgatou a importância do negro para a construção da identidade, da cultura, do jeito de pensar, de agir e de falar brasileiros, enaltecendo e dando ao negro a sua real importância para a formação da identidade brasileira, cuja miscigenação não era, e nem é, uma chaga, mas sua principal virtude. Cf., ALI KAMEL, *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*, Rio de Janeiro: PocketOuro, 2009, pág. 21. Contudo, os defensores da ação afirmativa racial insistem em acusar Gilberto Freire de ser o criador ou, pelo menos, o principal divulgador do mito da “democracia racial”. A expressão, porém, não aparece nenhuma vez em *Casa Grande & senzala* e não ocupa lugar conceitual relevante no pensamento freyreano.” Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 161.

³⁰² É bem verdade que a escravidão foi abolida em 1888, através da Lei Áurea, momento em que, legalmente, foi proibida a comercialização dos escravos, passando aqueles homens à categoria de homens livres. Contudo, também é verdade que os escravos recém libertos e seus descendentes, embora livres, foram renegados a própria sorte, juntamente com brancos, mestiços e imigrantes que padeciam vítimas de uma série de rejeições sociais, sobretudo pela segregação de origem econômica que passou a definir o comportamento da elite dominante da sociedade de então, sendo lançados à miséria social pela injustiça social que resultava do modelo econômico que ainda imperava, ainda muito influenciado pela má distribuição de riquezas que vigia durante o Império e os tempos da escravidão. De qualquer sorte, a sociedade brasileira, especialmente no século XX, passou a conviver com um forte sistema de desigualdade social, o qual “aprisionava” tanto os negros, quanto os brancos,

Desta forma, no Brasil a miscigenação interracial foi, e continua sendo, uma realidade histórica constante desde o início da colonização. Gilberto Freire, no início da década de 1930, já afirmava que a população brasileira era uma mistura de raças³⁰³. Essa evidência, intuída por sociólogos e historiadores, foi, no último ano do século XX, comprovada pela ciência, quando os cientistas identificaram a sequência do genoma humano, provando, biologicamente, como afirma Sérgio Pena, que é impossível separar a humanidade em “raças”³⁰⁴.

Essa multirraciedade, ou seja, a existência de várias “raças”³⁰⁵ intermediárias entre brancos e negros, aliada à inviabilidade de objetividade na definição da pessoa negra explicam a imensa dificuldade de saber quem é negro³⁰⁶ no Brasil, razão pela qual é um dos pontos de maior controvérsia das propostas de ação afirmativas que tem a diferença de raça como fator discriminante.

Em que pesem essas diferenças, assim como nos Estados Unidos, a Fundação Ford teve, e tem, determinante participação na construção da história das ações afirmativas, desempenhando um papel pioneiro no Brasil na questão das relações raciais. Sérgio Adorno e Nancy Cardia asseveram, categoricamente, que a Fundação Ford foi a pioneira na formação de políticas afirmativas ou de discriminação positiva no Brasil, muito antes de sua emergência no debate público

mulatos, mestiços, índios, nacionais ou estrangeiros. Assim, numa rápida digressão histórica, logo se observa que a pobreza no Brasil, por razões diversas, atingia grande parcela da população, não distinguindo, para efeitos de limitação de oportunidades, entre brancos e negros.

³⁰³ Segundo Gilberto Freire, “todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo (...) a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. (...) Na ternura, na mímica excessiva, (...) na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influencia negra.” Cf., GILBERTO FREIRE, *Casa Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*/Gilberto Freire; apresentação de Fernando Henrique Cardoso. – 51ª ed. Ver. – São Paulo: Global editora, 2006, pág. 367.

³⁰⁴ O geneticista Sérgio Pena afirma, categoricamente: “É impossível separar a humanidade em categorias raciais biologicamente significativas, independentemente do critério adotado. (...) A constatação de que uma parte muito pequena da variação genômica humana ocorre entre as supostas “raças” leva necessariamente à conclusão de que elas não são significativas do ponto de vista genético ou biológico. (...). O fato assim cientificamente comprovado da inexistência das “raças” deve ser absorvido pela sociedade e incorporado às suas convicções e atitudes morais. Uma postura coerente e desejável seria a construção de uma sociedade desracializada, na qual a singularidade do indivíduo seja valorizada e celebrada. Temos de assimilar a noção de que a única divisão biologicamente coerente da espécie humana é em 6,5 bilhões de indivíduos e não em um punhado de “raças”. Cf., SÉRGIO PENA, *A flor da pele: reflexões de um geneticista*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, págs. 55, 57 e 58.

³⁰⁵ Seguindo a tese científica de que a humanidade não pode ser dividida em “raças” estanques diferentes, neste trabalho, a palavra “raça” continuará sendo colocada entre aspas.

³⁰⁶ “Na Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios (PNAD) de 1976, os pesquisadores do IBGE registraram 136 respostas diferentes à solicitação de autodeclaração de cor /raça dos entrevistados.” Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 143.

na segunda metade da década passada”³⁰⁷. Por meio de um movimento lento, surgiu na academia, mas aos poucos foi assumindo corpo até se tornar política oficial de governo³⁰⁸.

Esclarece Maria Malta Campos que a Fundação Ford assumiu desde o início um papel de liderança, apontando a direção que deveria ser tomada no caminho da construção das ações afirmativas raciais. O tema foi inicialmente trabalhado nas universidades a partir das perspectivas históricas e sociais, quando passou a ser associado às desigualdades educacionais, primeiramente em estudos e debates isolados, e mais tarde encampado como tema de principal interesse de grupos e movimentos raciais no Brasil³⁰⁹.

³⁰⁷ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, “DAS ANÁLISES SOCIAIS AOS DIREITOS HUMANOS”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social* = The Ford Foundation’s 40 years in Brazil. A partnership for Social Change/ Nigel Brooke e Mary Witoshynsky (orgs). – São Paulo/ Rio de Janeiro: Editora da Universidade de São Paulo/ Fundação Ford, 2002, pág. 230. Disponível em: https://www.fordfoundation.org/media/1719/2002-os_40_anos_da_fundacao_ford_no_brasil.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2019.

³⁰⁸ Cf., ALI KAMEL, op.cit., pág. 19.

³⁰⁹ A Fundação Ford assumiu desde o início um papel de liderança, apontando a direção que deveria ser tomada no caminho da construção das ações afirmativas racias. Nessa iniciativa, ressaltam-se duas metas: 1) “Pesquisas sobre a educação dos negros e a disseminação de currículos relacionados com a raça”; e 2) “Experimentação de novos métodos para aumentar o acesso ao ensino superior e os índices de graduação dos alunos negros”. No âmbito da primeira, são financiados projetos, como o concurso de bolsas de pesquisa “Negro e Educação” organizado pela Anped e pela Ação Educativa, uma ONG de São Paulo; o programa Cor da Bahia, na universidade federal desse estado; e projetos na área de desenvolvimento de currículo e material didático, entre outros. Na segunda, programas de pesquisas e de ação afirmativa voltados para o acesso ao ensino superior são financiados em universidades públicas e privadas. Cf., MARIA MALTA CAMPOS, “Da Formação de professores de ciências à reforma da educação”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social...*, op. cit., pág.117. Disponível em: https://www.fordfoundation.org/media/1719/2002-os_40_anos_da_fundacao_ford_no_brasil.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2019.

Mesmo antes de abrir ao público seu escritório na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, em 1962³¹⁰, a Fundação Ford já atuava no país desde 1960³¹¹. Sua estratégia para chegar às políticas de discriminação racial pode ser resumida, a grosso modo, em quatro fases: Em princípio (1962-1979), a Fundação Ford, partindo do diagnóstico de que não havia no Brasil “competência” acadêmica largamente acumulada que pudesse, em fase posterior, desenvolver programas de investimento em áreas consideradas estratégicas para seus objetivos, resolveu financiar a formação e a expansão de uma comunidade de cientistas sociais, concentrando, assim, seus investimentos na produção de conhecimento³¹² e de recursos humanos para a pesquisa.

Isto foi facilitado, em grande parte, pelo retorno ao Brasil, em meados da década de 1960, dos primeiros³¹³ pesquisadores³¹⁴ brasileiros com doutorado no exterior, em especial nas universidades americanas. Como afirmam Sérgio Adorno e Nancy Cardia, estavam lançados, os alicerces para a constituição de uma rede entre

³¹⁰ Conforme esclarece Nigel Brooke, “com a abertura do Escritório do Brasil, a Fundação contratou, no início de 1963, o primeiro representante assistente, como eram chamados na época os assessores de programa, e os primeiros membros permanentes do *staff* local. Ajudada por um advogado da Price Waterhouse, estabeleceu suas primeiras relações com o governo brasileiro mediante a assinatura de acordo que ainda hoje lhe dá a liberdade necessária e o respaldo legal para o desenvolvimento de seu trabalho. Quarenta anos (2002) se passaram desde que foram firmadas essas condições básicas e que o Escritório recebeu o sinal verde para a expansão de suas atividades programáticas no País.” Ao longo desses 42 anos, a Fundação distribuiu um total de 347 milhões de dólares, financiando uma enorme variedade de atividades. Cf., NIGEL BRUKE, *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social* = The Ford Foundation’s 40 years in Brazil. A partnership for Social Change/ Nigel Brooke e Mary Witoshynsky (orgs). – São Paulo/ Rio de Janeiro: Editora da Universidade de São Paulo/ Fundação Ford, 2002, pág. 230. Disponível em: https://www.fordfoundation.org/media/1719/2002-os_40_anos_da_fundacao_ford_no_brasil.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2019, págs. 13-14.

³¹¹ Em 1960, a Fundação Ford já fazia seus contatos iniciais e, logo em seguida, embora não dispusesse de uma sede ou um corpo administrativo permanentes, concedia suas primeiras doações a Universidades Públicas e Instituições do governo brasileiro, entre elas uma no total de quase três milhões de dólares (em valores atualizados) a um programa de formação em administração pública, sob a égide de um instituto de pesquisa do governo, a Fundação Getúlio Vargas (FGV), que até hoje figura na lista dos beneficiários da Fundação. O responsável por essas operações iniciais era Reynold Carlson, que trabalhava primeiramente em quartos de diversos hotéis e mais tarde, em 1962, na sala de estar do apartamento onde residia no Rio. Cf., NIGEL BRUKE, *op. cit.*, pág. 13.

³¹² De acordo com Sérgio Adorno e Nancy Cardia, “A produção de conhecimento compreende a realização de cursos, a promoção de eventos, pesquisa, estudos, documentação, banco de dados, treinamento metodológico, produção de metodologias específicas (avaliação), formação de competências, produção de indicadores e produção de imagens. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 224.

³¹³ Esclarecem Sérgio Adorno e Nancy Cardia que “esses pioneiros não apenas estavam mais familiarizados com o debate acadêmico, científico e público sobre as tarefas exigidas de uma sociedade em desenvolvimento capitalista, como também revelavam uma espécie de consenso sobre como empreendê-las. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 226.

³¹⁴ Dentre esses pesquisadores que voltaram com doutorado no exterior deve-se mencionar os nomes de Florestan Fernandes e Oracy Nogueira.

a Fundação e os pesquisadores brasileiros. Nesse período, destacam-se as doações para o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj) e para o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap).

A ideia era desconstituir a realidade da miscigenação, construir o mito da “raça” e, a partir dessa, produzir a tese da “advocacia do interesse público voltada para as minorias”³¹⁵ através do estratégico financiamento de programas de pesquisa e formação de pessoal em centros de excelência nas universidades³¹⁶, primando o desenvolvimento de um pensamento crítico ao estilo de ciência social que até então se praticava no Brasil, mas que não contribuiria para alcançar os objetivos da Fundação³¹⁷.

A partir de então, como afirma Demétrio Magnoli, as subvenções da Fundação reproduziram nas universidades brasileiras os modelos de estudos étnicos e de “relações raciais” aplicados nos Estados Unidos, consolidando uma rede de organizações racialistas que começaram a replicar discursos e demandas semelhantes às afro-americanas³¹⁸.

Como parte da estratégia, em 1969, a Fundação Ford financiou a publicação, em inglês, pelo “Institute of Latin American Studies da Columbia University”, do clássico livro de Florestan Fernandes, sobre o racismo no Brasil, intitulado “A integração do negro na sociedade de classes”, impresso originalmente em 1965³¹⁹.

³¹⁵ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 90.

³¹⁶ Como nos Estados Unidos, sua atuação focou no âmbito acadêmico. Na década de 1960, dedicou-se quase inteiramente à criação e suporte de projetos nas universidades, mediante doações feitas às próprias universidades ou a órgãos do governo, como a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (Capes) ou o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), “com o objetivo específico de financiar programas de bolsas e o desenvolvimento de atividades de pesquisa e de formação”. “Um exemplo é a doação de 6,3 milhões de dólares, feita em 1962, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (Capes) para um programa de bolsas e formação para professores universitários de ciências, que foi desenvolvido até 1970. Cf., NIGEL BRUKE, *op. cit.*, pág. 21, 23.

³¹⁷ A Fundação considerava que, por ser “imbuído de humanismo, academicismo e profundamente desinteressado das pressões mais gerais”, o estilo de ciências sociais que prevalecia no Brasil à época seria “pouco profissionalizado”, além do que “sustentava-se nas vocações intelectuais e na concepção das ciências sociais como atividade artesanal e individualizada por excelência”. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, “DAS ANÁLISES SOCIAIS AOS DIREITOS HUMANOS”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social...* op. cit., pág. 226.

³¹⁸ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 98.

³¹⁹ “Essa publicação simboliza bem o papel que a Fundação começava a desempenhar na progressiva profissionalização e institucionalização da pesquisa brasileira em ciências sociais em sentido amplo, bem como na sua divulgação no exterior. Indica também que o Escritório buscava estimular a pesquisa conjunta e comparativa, a organização do trabalho científico, o estabelecimento de alianças entre investigação e sociedade e a intervenção dos pesquisadores no debate público” Cf., SÉRGIO

Nele, além de defender que, no Brasil, a exclusão social dos negros derivava da escravidão e da forma como se processou a abolição³²⁰, o autor também postula que existiria uma forma particular de racismo, “um racismo invisível”³²¹, implícito, “que se oculta e se nega, mas continua a discriminar”³²². Essas ideias foram assimiladas pelas diversas organizações do movimento negro que passaram a afirmar e difundir, num paradoxal e incoerente discurso, que no Brasil o racismo seria igual, ou, na verdade, pior que o racismo nos Estados Unidos³²³, a despeito de todas as suas leis e registros históricos de segregação.

Não foi sem motivo que nesse período também ganharam dimensões teses como a de Oracy Nogueira, que afirmava que o Brasil, tal como os Estados Unidos, era um país de duas cores, formado por brancos e negros³²⁴, e igualmente racista. Porém, quanto ao preconceito, no Brasil, foi designado por preconceito *de marca*, reservando-se para a modalidade em que aparece nos Estados Unidos a designação de preconceito *de origem*^{325 326}. O primeiro, manifesto e insofismável,

ADORNO E NANCY CARDIA, “DAS ANÁLISES SOCIAIS AOS DIREITOS HUMANOS”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social*, op. cit., pág. 226-227.

³²⁰ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., págs. 160, 358-359.

³²¹ Cf., VLADIMIR BALICO, “A Discriminação Racial e a efetividade dos Direitos Fundamentais”, in *“Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana”*, 2ª edição – atualizada e ampliada - São Paulo: Quartier Latin, 2009, pág. 283.

³²² Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., pág. 158.

³²³ Cf., ALI KAMEL, op. cit., pág. 23.

³²⁴ Segundo Demétrio Magnoli, ao enxergar no Brasil uma sociedade dividida apenas em brancos e negros como nos Estados Unidos, Oracy negava, de forma silenciosa a evidente mestiçagem característica de identidade nacional. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., pág. 159. Para além disso, como afirma Ali Kamel, ao dividir o Brasil entre negros e brancos, a sociologia não percebia que estava chancelando uma construção racista americana segundo a qual todo mundo que não é branco é negro. Estava a usar uma metodologia racista para analisar o racismo. Cf., ALI KAMEL, op. cit., pág. 23. Ver também DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., pág. 27.

³²⁵ Para Oracy Nogueira, “considera-se como *preconceito racial* uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é *de marca*; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é *de origem*.” Cf., ORACY NOGUEIRA, Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n1/a15v19n1.pdf>, pág. 291-292. Acesso em 02 de maio de 2019.

³²⁶ Conforme ilustra Ali Kamel, nos contornos do racismo de origem, o indivíduo, ainda que de pele branca, olhos e cabelos claros, seria considerado negro se possuir qualquer ancestral negro. Desta forma, onde houvesse preconceito de origem, o indivíduo considerado negro seria excluído de direitos, segregado, não poderia ter relações de amizade com brancos, e desta forma o negro seria

faria referencia à ancestralidade materializando-se na regra da gota de sangue única; o segundo, de forma implícita, na aparência.

Depois de Oracy, Fernando Henrique Cardoso, utilizando-se das ideias de origem americana, escreveu as obras “Cor e mobilidade social em Florianópolis³²⁷”, e “Capitalismo e escravidão no Brasil meridional”³²⁸, nas quais o autor também divide a nação em brancos e negros e defende que a barreira contra a ascensão dos negros é o preconceito racial e não o preconceito contra o pobre³²⁹ (de todos as cores). Assim, descartando a hipótese do predomínio do preconceito de social, acreditava, equivocadamente, que no Brasil o preconceito racial era uma herança da escravidão³³⁰, e não uma ‘construção política e intelectual singular’³³¹.

Mais adiante, Carlos Hasenbalg, por meio da obra “Discriminação e desigualdades raciais no Brasil”, originalmente uma tese defendida nos Estados Unidos e publicada em 1979, procurou estabelecer uma relação entre as desigualdades de renda e de educação no Brasil com a cor da pele, resumindo a tese na expressão que se tornou um verdadeiro adágio dentro das organizações do movimento negro brasileiro: “Pobreza tem cor e raça”. Para ele, o preconceito racial e a discriminação, ou seja, o racismo dos brancos era o fator que mantinha o negro na pobreza³³².

muito mais consciente do preconceito que sofria, razão que o levava a lutar como grupo pelo fim de injustiças. Já no racismo de marca, a aparência valeria mais do que a origem. Assim, um indivíduo de pele, olhos e cabelos claros, ainda que descendente de negros, seria bem mais aceito que o negro em geral. No caso do preconceito de marca, o negro seria mais preterido do que excluído, seria assimilado e por isso tenderia a desaparecer com a miscigenação, algo que, sempre segundo Oracy, seria esperado pelos brancos, poderia manter relações amigáveis, o que o levaria a ser menos consciente do preconceito sofrido e, por isto, menos disposto a lutar por seus direitos. Cf., ALI KAMEL, *op. cit.*, pág. 23. Ver também DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 159.

³²⁷ Aduz Ali Kamel que na obra “Cor e Mobilidade”, Fernando Henrique aponta que “o branco atribuía características negativas ao negro para compensar uma “igualdade” social dada por trabalhos mais ou menos equiparáveis”. Cf., ALI KAMEL, *op. cit.*, pág. 35.

³²⁸ Segundo Ali Kamel, em “Capitalismo e escravidão”, Fernando Henrique, convencido de que a razão da desigualdade é o racismo dos brancos, repudia, desde o início, a hipótese de que o preconceito seja contra o pobre em geral e não contra o negro. Cf., ALI KAMEL, *op. cit.*, pág. 36.

³²⁹ No final do século XIX, havia um jornal, *O Exemplo* que era editado por negros. Na obra “Capitalismo e escravidão” mencionada, Fernando Henrique Cardoso analisa com atenção as edições do jornal, mas todo artigo que contraria sua tese é dado como exemplo de subordinação do negro à ideologia do branqueamento, pelo que o autor dá voz ao negro discordante, mas para diminuí-lo, para colocá-lo na posição daquele que não sabe o que diz. É o caso do artigo de Miguel Cardoso, publicado no ano de 1893, em que o jornalista negro defende que o preconceito no Brasil é contra o pobre e não contra a raça. Cf., ALI KAMEL, *op. cit.*, pág. 36-38.

³³⁰ Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 359.

³³¹ Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 159.

³³² Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 160, 358-359.

Em sua segunda fase, a Fundação canalizara seus investimentos em pesquisa aplicada e em projetos de intervenção. A preocupação deslocou-se para a divulgação e troca de conhecimento, o impacto dos projetos na opinião pública, a mudança de comportamento e de atitudes, bem como a maneira de usar os resultados das pesquisas no debate público e na formulação de políticas públicas³³³.

Ainda na década de 1980, a Fundação destinou recursos no estabelecimento do campo de estudos e pesquisas sobre o negro no Brasil³³⁴, com destaque para a imagem e a representação social dos negros em diferentes esferas da vida social, especialmente na mídia e nas artes³³⁵. Para isso, a mídia seria sua principal aliada, e por isso, no final dos anos de 1990, a Fundação investiu no Centro de Criação de Imagens Populares (Cecip) e em estudos sobre a presença, a participação e a imagem dos negros na telenovela brasileira, instrumento fundamental para a consecução de seu desiderato.

Seguindo nessa perspectiva, não foi, assim, sem motivo que, no início da década de 1990, a Fundação demandou a Thomas Skidmore³³⁶ um balanço³³⁷ sobre os estudos de questões como relações raciais e outros aspectos da vida social dos “descendentes afro-brasileiros³³⁸”, pois visava a constituição de um banco de

³³³ “Esse repertório é ampliado com outras estratégias, como treinamento (profissionalização, educação, capacitação), inovação (gestão de recursos/meios, monitoramento e responsabilidade), defesa pública dos direitos, transferência de conhecimento através de cooperação internacional, fortalecimento de experiências institucionais (constituição de redes), participação social (conscientização, lutas sociais, mudanças de comportamento) e assistência técnica e jurídica.” Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 224.

³³⁴ As dotações contemplaram mais os estudos e projetos de intervenção sobre questões raciais (35,21%) do que estudos e projetos voltados para questões relacionadas ao gênero (23,48%), por exemplo. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 217.

³³⁵ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 220.

³³⁶ O historiador norte-americano especializado em história do Brasil, Thomas Skidmore, de acordo com Demétrio Magnoli, refutou a ideia da mestiçagem “apresentando-a como a realização do fracassado projeto anterior de “branqueamento” e formulou uma curiosa comparação entre a situação dos negros do Brasil e dos Estados Unidos, concluindo que os primeiros encontravam-se em pior posição”. Pouco tempo depois, essas duas alegações tornaram-se em chaves discursivas de intelectuais e organizações do movimento negro brasileiro. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 162.

³³⁷ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 218.

³³⁸ Mas... no Brasil, quem seriam os “descendentes afro-brasileiros”? Como destaca Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, um estudo intitulado “Retrato Molecular do Brasil” do professor Sérgio Pena, geneticista da Universidade Federal de Minas Gerais, juntamente com sua equipe, chegou à conclusão de que, não é possível identificar um afrodescendente pela simples cor da pele, pois além dos 44% dos indivíduos autodeclarados negros e pardos, existem no Brasil mais 30% de afrodescendentes, dentre aqueles que se declaram brancos, por conterem no DNA a ancestralidade africana, principalmente a materna. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op. cit.*, pág. 253.

dados informatizados que seria fundamental para nortear a formulação de políticas públicas raciais³³⁹.

Mais tarde, quando considerou-se que as tarefas de constituição da comunidade de cientistas sociais haviam sido cumpridas e pela necessidade premente de instrumentos de base ante a inexistência de organizações tradicionais de ampla base social entre os negros³⁴⁰, como a NAACP³⁴¹ nos Estados Unidos, a Fundação passou a investir no fortalecimento da organização e da capacidade de mobilização da sociedade civil, razão pela qual focou sua atenção não apenas em financiar a criação de infraestrutura adequada, por exemplo, à constituição de grupos de estudos e de intervenção, mas sobretudo a criação de organizações não-governamentais. Essa é a terceira fase³⁴².

Nessa época, a Fundação mudou o enfoque dos seus trabalhos na formação de pensadores e partiu para uma importante modificação de estratégia ao mudar o perfil das instituições donatárias³⁴³: em vez de promover a formação de pesquisadores, o interesse concentrou-se na capacitação de gestão das ONGs, para quem canalizou cada vez mais recursos³⁴⁴ com o fim de formar pessoal capaz de se

³³⁹ Muitas foram as iniciativas nessa direção, “entre as quais a promoção de seminário junto com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)” visando produzir “dados desagregados que permitissem a avaliação dos recortes de gênero e de raça, no contexto dos estudos preparatórios para o censo de 2000.” Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 219.

³⁴⁰ De acordo com Demétrio Magnoli, a exceção do Movimento Negro Organizado que, no entanto, “tendia rejeitar o modelo americano de *black capitalism*”, no Brasil não existiam organizações militantes de relevância. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 99. A dificuldade encontrada pelas lideranças negras na constituição de um movimento negro de adesão popular resulta do fato de que a desigualdade social no Brasil sempre afetou a brancos e negros indistintamente. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 358.

³⁴¹ A NAACP – Associação Nacional para o Avanço das Pessoas de Cor - foi uma importante organização histórica fundada em 1909 pelo acadêmico negro de Harvard, William E. B. du Bois, que desempenhou papel importante na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, mas que como outros segmentos da sociedade civil voltada para os interesses dos negros foi atraída e cooptada pelas doações da Fundação Ford, em momento que passava por dificuldades financeiras e enfrentava uma situação de falência, quando substituiu seu diretor-executivo pelo pretendente indicado pela fundação, passando a engajar-se nas políticas de raça. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 83 e 90.

³⁴² Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 227.

³⁴³ Como afirma Nigel Bruke, “a verdadeira modificação, que confirma a mudança de ênfase iniciada no final da década de 1970, é a triplicação na proporção de recursos canalizados para as ONGs.” Na década de 1960, o volume de recursos doados às ONGs representava apenas 4% do total de doações. Esse número subiu para 13% na década de 1970; 37% na década de 1980; 51% na década de 1990 e 54% no início do século XXI. Cf., NIGEL BRUKE *op. cit.*, págs.24-25.

³⁴⁴ “Uma maior proporção de recursos para as ONGs (62%) do que para as instituições acadêmicas (32%) e, ao longo do período de 1966 a 2001, foi maior o crescimento de aportes para as ONGs em comparação com o crescimento das doações para instituições acadêmicas. O apoio reduzido mas contínuo às universidades demonstra a tendência estratégica da Fundação de reorientar seus recursos para projetos aplicados ou de intervenção. Com o crescimento da comunidade científica, em especial dos cientistas sociais, fato em que a Fundação Ford teve papel decisivo, a profissionalização de

mobilizar³⁴⁵ para formular demandas sociais, traduzi-las em políticas públicas e desenvolver estratégias para implantá-las dentro da sociedade civil a fim de pressionar os agentes públicos³⁴⁶ e influenciar os processos decisórios.

A Fundação passou então a estimular a pesquisa aplicada sobre movimentos sociais, com o objetivo de torná-los mais eficazes social e simbolicamente, dando continuidade ao fortalecimento das ciências sociais. Ao mesmo tempo, começou a reforçar a capacidade institucional de formulação e avaliação de políticas sociais. Isso levou-a a dar prioridade à capacitação de grupos na formulação e avaliação de políticas públicas, além de dar continuidade aos investimentos na capacitação da sociedade civil para pressionar os agentes públicos à ação³⁴⁷.

Não foi à toa que as dotações beneficiaram, de modo especial, as “organizações de ativistas afro-brasileiros”³⁴⁸ em busca de “soluções” mais imediatas, que, por sua vez, passaram a se engajar mais nas políticas de raça e na demanda de iniciativas de discriminação reversa”³⁴⁹.

Houve, assim, nessa quarta fase, uma atuação em duas frentes: não só a capacitação da população dividida³⁵⁰ em grupos representantes de minorias para pressionar pela formulação das políticas públicas, mas também o treinamento dos agentes públicos a responderem às demandas. Essa tendência acentuou-se,

carreiras que antes tinham perfil exclusivamente humanista e acadêmico concorreu para que a universidade e os centros de investigação se acercassem mais e mais dos problemas imediatos e conjunturais da sociedade brasileira. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 227.

³⁴⁵ Com efeito, para que a mobilização da população fosse eficiente deveria ser bem informada, o que implicava a necessidade de formação jurídica e de empoderamento (*empowerment*) dos grupos organizados. Não só a academia deveria estar preparada para formular e avaliar políticas públicas, mas também a sociedade civil organizada, os movimentos sindicais e os grupos comunitários em geral. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 212.

³⁴⁶ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 229.

³⁴⁷ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 229.

³⁴⁸ Cf., NIGEL BRUKE, *op. cit.*, pág. 37. No mesmo sentido, corroboram Sérgio Adorno e Nancy Cardia ao afirmarem que no final da década de 1990 e início dos anos 2000, os projetos genéricos de direitos humanos perderam espaço para os projetos raciais e de gênero. Os projetos raciais tiveram um incremento de recursos anuais da ordem de 700%. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 225.

³⁴⁹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 99.

³⁵⁰ Como afirma Vamireh Chacon, “Não existe cultura inocente, nem ato político gratuito”. Cf. ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, *op. cit.*, pág. 5. A divisão da sociedade em minorias traz à lembrança a tática romana para a conquista de um vasto território: “*Divide et Impera*”, isto é, *Dividir e Conquistar*. Em termos políticos e culturais, quando existe alguma pretensão de poder, essa ainda é a melhor tática, pois nenhum reino dividido, subsiste.

acrescida da preocupação de intervir também na formação de futuros gestores públicos³⁵¹.

Com efeito, as portas do Estado começaram a se abrir a esses grupos em 1984, quando o governador de São Paulo, Franco Montoro, criou um Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, iniciativa logo imitada por outros estados e diversos municípios no país³⁵².

Em 1988, o então presidente José Sarney criou uma Assessoria para assuntos Afro-brasileiros no âmbito do Ministério da Cultura. Em 1995, foi a vez de Fernando Henrique Cardoso. Em seu primeiro mandato, criou um Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da população negra³⁵³, o qual abrangia oito “representantes da sociedade civil”, que eram representantes da “comunidade afro-brasileira” como afirmado à época.

No ano seguinte, 1996, significativa e simbolicamente no dia 13 de maio³⁵⁴, as políticas de ação afirmativa com conteúdo racial iniciaram-se no âmbito federal por meio do lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I)³⁵⁵.

Para além das pertinentes ações de combate ao racismo, o programa trouxe metas claras no caminho da formação da “nação bicolor”³⁵⁶ e da cotas “raciais”, tais como: incluir o quesito ‘cor’ nos sistemas de informação e registro sobre a população e bancos de dados públicos; criar conselhos da comunidade negra nos estados e municípios; apoiar ações da iniciativa privada que realizassem a discriminação positiva; desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta;

³⁵¹ Cf. SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 227.

³⁵² Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 162.

³⁵³ No discurso de instalação do Grupo, Fernando Henrique Cardoso afirmara que o Estado não toleraria nenhuma forma de racismo, “nem mesmo o racismo para valorizar a raça que está sendo discriminada, porque isso resulta também numa coisa negativa”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 163.

³⁵⁴ A abolição da escravidão no Brasil se deu com a assinatura da Lei Áurea em 13 de maio de 1888.

³⁵⁵ A adoção do Programa Nacional de Direitos Humanos em 13 de maio de 1996 cumpria uma recomendação específica da Conferência Mundial em Viena de 1993.

³⁵⁶ Cf. ALI KAMEL, *op.cit.*, pág. 41.

determinar ao IBGE a adoção do critério de se considerar os mulatos, pardos e pretos como integrantes do contingente da população negra^{357, 358}.

Assim, universidades, ONGs e Poder Público uniram-se na nova militância em torno do mesmo propósito: adoção de políticas públicas de cunho racial. As universidades lançam a ideia; as ONGs pressionam pela ideia e o Poder Público executa a ideia. Esse é o caminho trilhado.

Como afirmam Sérgio Adorno e Nancy Cardia³⁵⁹, “esses movimentos, em seus mais diferentes matizes e orientações político-ideológicas, passaram a ser interlocutores privilegiados das orientações de investimentos”, razão pela qual passaram a ser ouvidos com frequência, chamados aos fóruns acadêmicos e não-acadêmicos e convidados a participar das Conferências Mundiais promovidas pelas Nações Unidas, como a Cúpula Mundial contra o Racismo³⁶⁰, no ano de 2001, em Durban, da qual o Brasil participou e foi signatário de sua Declaração.

Na ocasião, a Fundação Ford patrocinou a produção de documentos e a participação de parcela significativa das centenas de ONGs e representantes dos movimentos de “raça”, que, imbuídos de uma perspectiva multiculturalista, encaravam a Conferência como uma oportunidade para introduzir os seus conceitos na linguagem oficial da ONU e no direito internacional³⁶¹.

Com efeito, segundo Demétrio Magnoli³⁶², os documentos finais da Conferência conferiram ao multiculturalismo e seus conceitos status de oficialidade internacional. A Declaração da Conferência de Durban qualificou o multiculturalismo³⁶³ como valor, ao lado dos princípios gerais da solidariedade,

³⁵⁷ De acordo com Demétrio Magnoli, naquele ato o “sociólogo feito presidente assinava o termo de execução simbólica de Gilberto Freire. Daquele momento em diante, o Brasil estatal deixaria de reconhecer a realidade social da mestiçagem. Este elemento crucial do PNDH I não foi aplicado em virtudes de resistências internas do IBGE”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 163.

³⁵⁸ Cf. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I). Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/textointegral.html#População>. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁵⁹ Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 219.

³⁶⁰ A Conferência de Durban é a denominação pela qual ficou conhecida a *Terceira Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância*.

³⁶¹ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 100.

³⁶² Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 101-102.

³⁶³ Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância - Questões Gerais, 4: “Afirmamos, também, a grande importância que atribuímos aos valores de solidariedade, respeito, tolerância e multiculturalismo, que constituem o fundamento moral e a inspiração para nossa luta mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, tragédias inumanas que durante demasiado tempo têm afetado os povos de todo mundo, especialmente na

respeito e tolerância, proclamados pela Declaração Universal de 1948, e caracterizou a “diversidade cultural³⁶⁴” como “valioso patrimônio para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade”.

Para além disso, a Declaração também implantou oficialmente o conceito de ‘afrodescendentes’³⁶⁵ e solicitou o reconhecimento da ‘cultura’ e da ‘identidade’ dos “afrodescendentes” nas Américas e, de modo geral, nas regiões que chamou de ‘diáspora africana’³⁶⁶, conceito este que seria utilizado para fundamentar um direito à reparação. Isso representou o “triunfo ideológico do

África;” Cf., Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, Durban – África do Sul. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Ação%20adotado%20pela%20Terceira%20Conferência%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discriminação%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intolerância.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁶⁴ Declaração, parágrafo 20: “Reafirmando que a diversidade cultural é um valioso elemento para o avanço e bem-estar da humanidade com um todo, e que deve ser valorizada, desfrutada, genuinamente aceita e adotada como característica permanente de enriquecimento de nossas sociedades”; Cf., Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, Durban – África do Sul. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Ação%20adotado%20pela%20Terceira%20Conferência%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discriminação%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intolerância.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁶⁵ Declaração, Questões Gerais, parágrafo 13: “Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que os Africanos e afrodescendentes, os povos de origem asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas conseqüências.” Cf., Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, Durban – África do Sul. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Ação%20adotado%20pela%20Terceira%20Conferência%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discriminação%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intolerância.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁶⁶ Declaração, Questões Gerais, parágrafo 33: “Consideramos essencial que todos os países da região das Américas e de todas as outras áreas da Diáspora africana, reconhecerem a existência de sua população de descendência africana e as contribuições culturais, econômicas, políticas e científicas feitas por esta população e a reconhecerem a persistência do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata que os afeta especificamente, e reconhecemos que, em muitos países, a desigualdade histórica em termos de acesso, inter alia, à educação, ao sistema de saúde, à moradia tem sido uma causa profunda das disparidades sócio-econômicas que os afeta;” Cf., Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, Durban – África do Sul. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Ação%20adotado%20pela%20Terceira%20Conferência%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discriminação%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intolerância.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

multiculturalismo³⁶⁷”, a partir do qual a etnia e a “raça”³⁶⁸ podiam ser utilizadas para a construção legal de minorias às quais seriam conferidos direitos coletivos especiais.

Em 09 novembro de 2001, antes mesmo do lançamento dos Programas de cumprimento às diretivas resultantes da Conferência, a saber, o Segundo Programa Nacional de Direitos Humanos e o Programa Nacional de Ações Afirmativas, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, por meio da Lei 3.708, tornou-se a primeira universidade a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso, reservando 40% das vagas para a “população negra e parda”³⁶⁹.

Logo criou-se um precedente rapidamente seguido por outras instituições públicas e, ainda no mesmo ano, as cotas raciais foram implantadas na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e na Universidade Estadual da Bahia.

Em 13 de maio do 2002, ano seguinte à Conferência de Durban, o governo brasileiro, por meio do então presidente Fernando Henrique Cardos, dando cumprimento às diretrizes estabelecidas na Declaração da Conferência, lançou o Segundo Programa Nacional de Direitos Humanos, e instituiu, em mesma data, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, contribuindo, assim, de modo decisivo para que as mazelas que afligem os negros, distorcidamente, não fossem mais atribuídas à pobreza, mas sim ao preconceito e ao racismo que imputava à sociedade brasileira³⁷⁰.

³⁶⁷ Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 103.

³⁶⁸ Dissertando sobre o fenômeno do multiculturalismo, Demétrio Magnoli esclarece que “do ponto de vista teórico, o multiculturalismo assenta-se sobre um primeiro pressuposto que não é dramaticamente distinto do artigo de fé do “racismo científico”. Esse pressuposto pode ser expresso como a noção de que a humanidade se divide em “famílias” discretas e bem definidas, denominadas etnias. O “racismo científico” fazia as suas “famílias” – as raças – derivarem da natureza. O multiculturalismo faz as etnias derivarem da cultura. O segundo pressuposto do multiculturalismo é que a cultura corresponde a um atributo essencial, imanente e ancestral de cada grupo étnico. Essa naturalização da cultura evidencia que o conceito de etnia, na narrativa multiculturalista, ocupa um nicho metodológico paralelo àquele do conceito de raça na narrativa do “racismo científico”. Cf. Demétrio Magnoli, in *ob. cit.*, p. 92.

³⁶⁹ No ano anterior, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro havia sancionado a Lei 3.524 de 28 de dezembro de 2000, a qual instituía reserva de 50% das vagas para alunos de escolas públicas. Juntamente com a lei 3.708/2001, que reservou 40% das vagas para negros e pardos, a elevação da proporção de reservas passou para 90% do total de vagas e foi alvo de pesadas críticas, levando à edição das leis 4.151/2003 e 5.074/2007 que alteraram o percentual de reservas para: 20% de alunos egressos da escola pública; 20% de “candidatos negros” e 5% para deficientes, indígenas e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária mortos ou incapacitados em razão do serviço. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR... (et al.), *op. cit.*, págs. 74-75.

³⁷⁰ Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, pág. 44.

Dentre as 28 propostas do Programa II, específicas para ‘afrodescendentes’ - termo adotado em substituição a ‘negros’ previsto no PNDH I - estavam: a criação de “fundos de reparação social” destinados a financiar políticas de ação afirmativas³⁷¹; Estimular a presença proporcional dos grupos raciais que compõem a população brasileira em propagandas institucionais contratadas pelos órgãos da administração direta e indireta e por empresas estatais³⁷²; a implantação do quesito raça/cor nos sistemas públicos de informações demográficas³⁷³; propor ao IBGE a adoção de critério estatístico abrangente para considerar pretos e pardos como integrantes da população afrodescendentes³⁷⁴; a revisão dos livros didáticos “de modo a resgatar a história e a contribuição dos afrodescendentes para a construção da identidade nacional³⁷⁵.

O Programa Nacional das Ações Afirmativas, instituído pelo Decreto 4.228 de 13 de maio de 2002, contemplou entre outras medidas, as seguintes ações no âmbito da Administração Pública Federal:

I - a adoção de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS;

II - (...)

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e,

³⁷¹ Proposta 193: Estudar a viabilidade da criação de fundos de reparação social destinados a financiar políticas de ação afirmativa e de promoção da igualdade de oportunidades. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁷² Proposta 204. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁷³ Proposta 208: “Apoiar a inclusão do quesito raça/cor nos sistemas de informação e registro sobre população e em bancos de dados públicos.” Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁷⁴ Proposta 213: “Propor ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a adoção de critério estatístico abrangente a fim de considerar pretos e pardos como integrantes do contingente da população afrodescendente. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁷⁵ Proposta 214: “Apoiar o processo de revisão dos livros didáticos de modo a resgatar a história e a contribuição dos afrodescendentes para a construção da identidade nacional. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência^{376 377}.

Enquanto o governo de Fernando Henrique institucionalizou o sistema de cotas raciais, substituindo o ideal de nação miscigenada e tolerante pela 'nação bicolor'³⁷⁸ em que brancos oprimem negros, o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2011) ampliou e conferiu maior autonomia à ação das organizações racialistas no Estado.

Em seu Governo, Lula criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial que, ocupando posição estratégica, funcionava como braço estatal de articulação dos acadêmicos multiculturalistas, ativistas racialistas de ONGs e movimentos sociais com o apoio de outras instituições, mas principalmente dos financiamentos da Fundação Ford.

A partir dela, no âmbito do Ministério da Educação e Cultura, foi ordenada a classificação racial compulsória dos estudantes em todos os níveis e incentivou-se o projeto que tornou obrigatória a política de cotas nas universidades federais e o Programa, concebido com nítido recorte racial, Universidade para todos (ProUni) em 2004, mais tarde sintetizado no Estatuto da Igualdade Racial³⁷⁹.

Para além disso, o então presidente lançou muitas outras medidas, dentre elas, as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação da Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana.³⁸⁰

³⁷⁶ Cf., Programa Nacional das Ações Afirmativas, instituído pelo Decreto 4.228 de 13 de maio de 2002 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf. Acesso em 09 de maio de 2019.

³⁷⁷ Como destaca Demétrio Magnoli, ao estabelecer tais medidas, "o Brasil mimetizava, três décadas depois, as diretivas de Richard Nixon concebidas sob o conceito de *black capitalismo* – e adicionava a elas, caracteristicamente, uma pitada de privilégios no âmbito do alto funcionalismo do Estado." Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, op. cit., pág. 164.

³⁷⁸ Termo usado por Ali Kamel. Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, capa.

³⁷⁹ Projeto de lei originalmente proposto no ano de 2003 pelo senador Paulo Paim (PT- RS) e aprovado pelo Senado Federal, como projeto de Lei nº 6.264 de 2005 e transformado na lei ordinária 12.288/2010. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307731>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁸⁰ Destaca Ali Kamel que o documento referido, ao afirmar textualmente que os negros foram submetidos a uma política de eliminação física depois da abolição, relata uma falsidade histórica denunciada pelo historiador José Roberto Pinto de Góes. Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, pág. 47.

Em junho de 2003 foi a vez da Universidade de Brasília (UnB) aprovar a implementação do sistema de cotas raciais. Aprovado no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe) no dia 6 de junho de 2003, o Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial³⁸¹ estabelecia que 20% das vagas do vestibular seriam destinadas a candidatos negros e um pequeno número de vagas para índios. A medida entrou em vigência no ano seguinte, 2004. Foi a primeira universidade federal a adotar cotas raciais em seus processos seletivos de ingresso na graduação.

Contudo, a inquestionável marca identitária da miscigenação brasileira logo constituiria um impasse na identificação prática dos candidatos negros (pretos e pardos). Ciente da inexorável possibilidade de fraudes, a universidade decidiu que as opções pelas cotas, através da auto declaração acompanhada de fotografia, seriam submetidas a uma comissão que decidiria, com base nas imagens, sobre a homologação da inscrição do candidato.

Como apropriadamente denomina Demétrio Magnoli, a comissão, constituída como verdadeiro ‘tribunal racial’, sem direito a recurso, trilhava o caminho traçado pelo ‘preconceito de marca’ de Oracy Nogueira, nos anos 1950: ancorado na aparência física, numa prática remanescente do “racismo científico”, tinha a função de analisar fenótipos (tom de pele, tipo de cabelo e traços do rosto) com o fim de identificar os indivíduos que, em razão de sua aparência, tenderiam, a seu ver, ser alvo de preconceito racial³⁸².

O problema com a identificação dos pretensos candidatos logo veio à tona quando inúmeros candidatos foram rejeitados sob a alegação de não exibirem o fenótipo exigido: “lábios grossos, nariz chato e cabelo pixaim”³⁸³. Porém, a dimensão do problema só ficou evidente com o caso dos gêmeos univitelineos que

³⁸¹ Cf., “Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial, II, a) Disponibilizar, por um período de 10 anos, 20% das vagas do vestibular da UnB para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade; B) Disponibilizar, por um período de 10 anos, um pequeno número de vagas para índios de todos os estados brasileiros, sempre como resposta às demandas específicas de capacitação colocadas pelas nações indígenas e apenas na medida em que contem com secundaristas qualificados para preenchê-las. A expectativa atual é de que o número de vagas solicitadas não deverá ser superior a 20 por ano, de um total de 3900 ofertadas anualmente pela UnB. Disponível em <https://noticias.unb.br/images/Noticias/2018/06-Jun/Plano-de-Metas-Cotas-UnB1.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁸² Levar em consideração o tom de pele, o tipo de cabelo e os traços do rosto típicos da raça negra, é aplicar e reviver conceitos próprios do ‘racismo científico’. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 368.

³⁸³ MARCOS CHOR MAIO & RICARDO VENTURA SANTOS *apud* Demétrio Magnoli, *op. cit.*, pág. 369.

tiveram suas inscrições julgadas de forma diferente, sendo um aceito e o outro rejeitado.

Ante à desmoralização pública, a comissão de ‘anatomia racial’ resolveu mudar o critério de seleção: trocou a ‘aparência’ pela ‘consciência’. A partir de então, o comitê não mais julgaria com base nas características físicas, mas nas características ideológicas, avaliando o candidato por sua percepção sobre o tema raça e sua experiência como vítima de preconceito³⁸⁴.

Em 20 de junho de 2009, o sistema de cotas estabelecido pela UnB foi questionado pelo Partido dos Democratas perante o Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186³⁸⁵. Em 26 de

³⁸⁴ Como destaca João Feres Júnior, “o modelo de cotas adotado pela UnB foi o mais próximo dos princípios multiculturalistas, tanto nos procedimentos adotados quanto nas intenções manifestadas pelos seus formuladores.” Cf. JOÃO FERES JÚNIOR...(et al.), *op. cit.*, pág. 13.

³⁸⁵ Por ocasião do julgamento em plenário, realizado em abril de 2012, os ministros acompanharam, por unanimidade, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, ao argumento, em geral, que as cotas instituídas pela Universidade de Brasília não se mostravam desproporcionais ou irrazoáveis, revelando-se, outrossim, um cumprimento do princípio da igualdade. Segundo o Tribunal, a regra traduzida pelo sistema de cotas teria, ainda, o propósito de superar distorções sociais históricas. Para maior conhecimento, segue ementa do julgado: “Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia - o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins

abril de 2012, O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB).

Como em outras latitudes já relatadas, tal qual na Índia³⁸⁶, as cotas na UnB deveriam ser temporárias e permanecer apenas por um período de 10 anos³⁸⁷, mas, para confirmar o que já anunciava Thomas Sowell, já se vão 15 anos de cotas...³⁸⁸.

De norte a sul, também como na Índia, rapidamente os programas de ação afirmativa de cunho racial se difundiram pelas universidades do Brasil, antes mesmo da aprovação da Lei Federal 12.711³⁸⁹, de 29 de agosto de 2012, que tornou obrigatória, dentro de uma metodologia de subcotas³⁹⁰, a reserva de 50% das vagas para alunos da escola pública e de baixa renda com a subdivisão para pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência em todas as instituições federais de ensino superior e técnico.

perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente”. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215650&base=baseAcordaos>. Acesso em 02 de junho de 2019.

³⁸⁶ Na Índia, as políticas de preferências têm sido prorrogadas, e estendidas, repetidas vezes. Thomas Sowell alerta para a existência de um padrão de consequências surpreendentemente similares que se seguem à introdução de políticas de ação afirmativa. Em sua palavras, o autor destaca que “as peculiaridades históricas e sociais de uma nação são diferentes das de outras. Mas é notável que várias das consequências que se seguiram à adoção da ação afirmativa sejam as mesmas, apesar dos diferentes contextos nas diferentes regiões do mundo.” Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 10.

³⁸⁷ Ver “Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial, II, a) Disponibilizar, por um período de 10 anos, 20% das vagas do vestibular da UnB para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade; Disponível em <https://noticias.unb.br/images/Noticias/2018/06-Jun/Plano-de-Metas-Cotas-UnB1.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁸⁸ Como alerta Thomas Sowell, a experiência revela que as prorrogações se inserem no padrão de consequências similares que se repetem após a adoção das políticas de ação afirmativa, pois “qualquer política “temporária” cuja duração é definida pelo objetivo de conseguir alguma coisa, que jamais foi alcançada antes em lugar algum do mundo, poderia ser mais adequadamente caracterizada como eterna.” Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 21.

³⁸⁹ Ver Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012. Disponível em http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/lei_12711_29_08_2012.pdf. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁹⁰ Cf., Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012, artigos. 1º e 4º. A lei que estabeleceu cotas raciais no ensino superior no Brasil definiu um modelo que combinou quatro tipos de subcotas: 1) candidatos egressos de escolas públicas, independentemente da cor e da renda; 2) candidatos de escolas públicas e baixa renda, independentemente da cor; 3) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas, com renda superior a 1,5 salário mínimo per capita; e 4) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas e de baixa renda, quer dizer, renda menor ou igual a 1,5 salário mínimo per capita. Disponível em http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/lei_12711_29_08_2012.pdf. Acesso em 10 de maio de 2019.

Para além disso, a lei estabeleceu um prazo de 10 anos não para o fim, mas para a revisão do programa³⁹¹ o que, mais uma vez, confirma a tendência para as sucessivas e infinitas prorrogações e a consequente perpetuação das políticas, como já vaticinado por Thomas Sowell.

Por outro lado, o que se tem visto também é uma crescente ampliação de tais políticas para além dos cursos de graduação, designadamente em pós-graduações³⁹² que contam, principalmente, com o financiamento da Fundação

³⁹¹ Cf., Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012, Art. 7º: “No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

³⁹² De acordo com Ana Carolina Venturini, “A Universidade do Estado da Bahia (UNEB) foi a primeira universidade pública a instituir, em 2002, uma política de ação afirmativa voltada para o ingresso de negros e indígenas em cursos de pós-graduação.” Cf., ANNA CAROLINA VENTURINI, Ações Afirmativas para Pós-Graduação: desenho e desafios da política pública, pág. 6. Disponível em <https://anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/spg-4/spg27-1/11080-acoes-afirmativas-para-pos-graduacao-desenho-e-desafios-da-politica-publica-1/file>. Acesso em 10 de maio de 2019. A partir de então, a ideia foi encampada por outras instituições. Ver <https://g1.globo.com/educacao/noticia/procuradoria-pede-a-mec-posicao-sobre-cotas-na-pos-graduacao-das-federais.ghtml>. Acesso em 04 de junho de 2019.

Ford^{393 394 395}, e até em concursos públicos, como prevê a Lei 12.990³⁹⁶ de 09 de junho de 2014, cuja ementa “reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Com a edição da Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012³⁹⁷, fora, então, criado um modelo de ação afirmativa para todas as instituições de ensino superior

³⁹³ A Fundação Ford teve papel determinante na criação e a expansão das políticas de cotas nos cursos de pós-graduação. O campo do ensino superior foi, desde o começo, um elemento fundamental das atividades da Fundação Ford no Brasil. Desde o começo da década de 1960, o foco da Fundação Ford no ensino superior visava à formação de uma massa crítica de profissionais treinados em áreas consideradas estratégicas para o desenvolvimento de seus objetivos e metas, razão pela qual a Fundação manteve o foco em financiar a criação de programas direcionados de pós-graduação em universidades. É o caso particularmente da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs), entre outras. Cf., SÉRGIO ADORNO E NANCY CARDIA, *op. cit.*, pág. 227.

³⁹⁴ Como esclarece Ana Carolina Venturini, já em 2002, a criação de ações afirmativas em cursos de pós-graduação foi incentivada pela Fundação Carlos Chagas (FCC) e pela Fundação Ford (FF). Em 2003, tais fundações lançaram o Programa de Dotações para Mestrado em Direitos Humanos no Brasil, o qual tinha por objetivo estimular a criação de áreas de concentração em direitos humanos nos cursos de pós-graduação de Direito do país. Além da criação da área de concentração, os programas selecionados implantaram também ações afirmativas para a inclusão de candidatos pertencentes a grupos considerados sub-representados na pós-graduação, levando em consideração critérios de gênero, raça/etnia e exclusão social. Contudo, foi mesmo a partir de 2012 que começaram a surgir mais propostas de ações afirmativas para ingresso nesse nível educacional. Cf., ANNA CAROLINA VENTURINI, *Ações Afirmativas ara Pós-Graduação: desenho e desafios da política pública*, pág. 6. Disponível em <https://anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/spg-4/spg27-1/11080-aco-es-afirmativas-para-pos-graduacao-desenho-e-desafios-da-politica-publica-1/file>.

Acesso em 10 de maio de 2019

³⁹⁵ De acordo com José Militão, brasileiro, afro-descendente, ativista contra o racismo e um radical contrário a esse tipo de políticas públicas baseada na segregação de direitos raciais, a Fundação Ford continua doutrinando a existência de raças diferentes e investe milhões de dólares todos os anos a fim de formar uma elite intelectual na defesa de direitos raciais segregados. Afirma José Militão que, desde os anos 1990, ao ter recusado uma bolsa na Fundação Ford para mestrado em Direito Civil na PUC-SP, por ser radical opoente de políticas em bases raciais, sempre denunciou que coube a Fundação Ford e outras foundation's norte-americanas o investimento de centenas de milhões de dólares nas universidades brasileiras visando a formação de uma elite intelectual de defensores de políticas raciais – direitos segregados – cujo objetivo da inteligência ianque do imperialismo cultural e econômica é a de retirar uma vantagem demográfica competitiva, igualando os brasileiros em tão racistas quanto eles, pelo que considera que os afro-americanos, em especial, são também vítimas da falsa ideia de pertencimento racial. Cf., JOSÉ MILITÃO, *Cotas Raciais: Fundação Ford e as políticas públicas de segregação por direitos raciais*. Disponível em <https://jornalggn.com.br/noticia/cotas-raciais-fundacao-ford-e-as-politicas-de-segregacao-de-direitos-raciais>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁹⁶ Lei 12.990 de 09 de junho de 2014 Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁹⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em 06 de junho de 2019.

e técnico federal que acabou sendo mimetizado por instituições estaduais de ensino superior³⁹⁸, não obstante estas estarem fora do escopo da Lei no 12.711 e suas políticas de ação afirmativa apresentarem, no mais das vezes, características distintas, fruto da legislação estadual e de iniciativas individuais das próprias universidades³⁹⁹.

Estas circunstâncias, embora pareçam afetas ao simples conteúdo histórico da sociedade brasileira, revelam-se fundamentais na compreensão do tema aqui abordado, haja vista que qualquer medida a ser adotada não pode desconsiderar as razões que conduziram a evolução social, a qual, como visto, está afeta a razões de ordem econômica e não racial.

Apesar de seus promotores descrevem tais políticas como temporárias, o que se tem visto é que a história das ações afirmativas no mundo, em especial na Índia, tem se repetido no Brasil, não só porque elas insistem em permanecer por meio das prorrogações, mas também porque insistem em se expandir, tomando o corpo de característica permanente da sociedade.

Em um país onde 19 milhões de brancos são pobres e enfrentam as mesmas dificuldades e agruras que os negros pobres⁴⁰⁰, resta saber agora se a instituição de políticas de preferência racial como medida absolutamente necessária para o progresso dos negros, em vez de garantir educação de qualidade para todos os pobres e dar a eles a oportunidade para que superem a pobreza de acordo com os seus méritos, é uma medida que concretiza a sua igual dignidade enquanto pessoa humana.

³⁹⁸ Cf. JOÃO FERES JÚNIOR...(et al.), *op. cit.*, pág. 92.

³⁹⁹ No âmbito das universidades estaduais parece prevalecer uma preferência por conceder o benefício das cotas para estudantes egressos de escola pública. Instituições Estaduais: 15,8% do total das vagas são destinadas a estudantes egressos da escola pública e 10% para pretos, pardos e indígenas; Instituições Federais: 15, 5%, para estudantes de escola pública e 22,7% para estudantes pretos, pardos e indígenas de escola pública e estudantes de escola pública de baixa renda. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR...(et al.), *op. cit.*, pág. 86.

⁴⁰⁰ Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, pág. 47.

PARTE II

AS AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS NA PERSPECTIVA DA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CAPÍTULO 01:

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. Breves anotações históricas da dignidade da pessoa humana.

A história tem revelado o desejo insaciável do homem por riqueza, glória e poder. Para alcançar esse fim, não importavam os meios a serem utilizados, pois quando se tratava de expandir domínios, conquistar poder e riquezas, a prática anulava a ética e a moral, sendo a violência, invariavelmente, o meio mais empregado no ultraje ao semelhante.

Nesse sentido, como visto no Capítulo 01, Parte I, do presente trabalho, deram curso os regimes absolutos e ditatoriais nos quais vigorava a tirania, a opressão, a sujeição, o desrespeito, o desprezo e a degradação da pessoa humana. Não haviam regras previamente definidas que impusessem limites à atuação do Estado que, por sua vez, poderia agir arbitrária e abusivamente contra o indivíduo⁴⁰¹.

No curso deste caminho, no entanto, se antes havia o consenso de que a pessoa existia em função do Estado, passou-se a entender, aos poucos, que o Estado é que existe em razão da pessoa, devendo assegurar e promover os direitos fundamentais⁴⁰², a autonomia, a liberdade, o bem-estar, enfim, direitos universais, reconhecidos em geral aos homens por razões de humanidade e que reverberam a inerente dignidade da pessoa humana, tornando-se esta o fundamento e o fim da sociedade e do Estado⁴⁰³.

⁴⁰¹ Como destaca Jorge Reis Novais, somente com a subordinação do poder à Lei, nomeadamente a Constituição, é os poderes do Estado passaram a ser limitados, estabelecendo um fim definido, *não só de respeitar, mas de proteger e promover os direitos fundamentais dos cidadãos* Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Almedina, 2015, págs. 18. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa, op. cit.*, pág. 19.

⁴⁰² Na visão de Giancarlo Rolla, a garantia dos direitos, como atualmente se concebe, sobretudo no que concerne à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, *“tienen su origen en el constitucionalismo, en un acto que confirma el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho”*. Cf., GIANCARLO ROLLA, *“El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones em torno a las constituciones ibero-americanas”*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Vol. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, páginas 463-490, Madrid, 2002., pág. 465.

⁴⁰³ Nesse sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa, op. cit.*, pág. 52; Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed. - v. 4º. Coimbra editora, 2015, pág. 243.

Assim, Estado de Direito, Constituição, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, como hoje são concebidos, são ideias indissociáveis⁴⁰⁴. Uma está para a outra como o corpo está para a alma⁴⁰⁵ e, como bem expressa Fábio Konder Comparato⁴⁰⁶, a parte mais bela e importante de toda a história é a revelação de que todos os seres humanos, apesar de todas as diferenças que os singularizam, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, são merecedores de igual respeito, não sendo dado a ninguém o direito de se julgar superior aos demais.

Todavia, como visto, nem sempre foi assim e a compreensão atual dessas ideias é fruto de um longo e árduo processo de transformação e conquistas⁴⁰⁷. Neste sentido, pode-se afirmar que dignidade (sem a adjetivação "humana" ou "da pessoa humana") é um termo que surgiu na Roma antiga com um sentido completamente diferente daquele que hoje lhe é conferido. O nome original, "*dignitas*", referia-se a "*status*", ou seja, à posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade⁴⁰⁸.

Assim, na antiguidade, "*dignitas*" estava associada à honra, a um privilégio adquirido por uma condição, um cargo ou um feito, algo que conferia um tratamento diferenciado para o seu detentor. Era algo contingente, que por alguma

⁴⁰⁴ Como afirma José Carlos Vieira de Andrade, "toda a matéria de direitos fundamentais visa, por definição substancial, a prossecução de valores ligados à dignidade humana dos indivíduos". Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 161. Nesse mesmo sentido, Jorge Reis Novais afirma que "um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham papel essencial." Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2012, página 17. Ainda sobre o tema, Jorge Miranda anota que a história mostra que a ideia de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais são inseparáveis. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4 v., *op. cit.*, pág. 78.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, entende Jorge Miranda que não há direitos fundamentais sem Estado, sem Constituição e sem o reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4v, *op. cit.*, pág. 10.

⁴⁰⁶ Cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2003, pág. 4.

⁴⁰⁷ Especificamente no campo do tratamento da pessoa humana, Paulo Otero destaca os três principais momentos de evolução do pensamento político pré-liberal europeu, descrevendo-os como: I – "civilização greco-romana", "revolução judaico-cristã", e, "contradição da Idade Moderna". Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 61.

⁴⁰⁸ . Ao discorrer acerca do pensamento filosófico e político da antiguidade acerca do sentido da "*dignitas*", Ingo Wolfgang Sarlet considera que a concepção de então permitia "uma quantificação e modulação da dignidade". Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 33.

razão especial as pessoas poderiam ter ou perder, e, portanto, nem todos os indivíduos tinham o que se reconhecia como dignidade⁴⁰⁹.

Ainda na época antiga, com os Estoicos, começou-se a falar de uma “dignidade” referente a própria condição humana⁴¹⁰, que distinguiria os humanos das demais criaturas (dos animais), chegando-se à conclusão que a razão era a característica que identificava os humanos e que, de alguma forma, só os humanos tinham em comum com a divindade.

Porém, como adverte Jorge Reis Novais, foi apenas na idade média, a partir da crença judaico-cristã da criação do homem à imagem e semelhança de Deus (*imago Dei*), que se afirmaria a “dignidade” distintiva do homem enquanto ser humano, podendo ser considerado, sem dúvida, como precursor da ideia de uma universal e igual dignidade humana⁴¹¹.

Com efeito, foi o cristianismo que conferiu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, partindo da ideia de que todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de “raça”, cor ou cultura. Para além das ideias de igual dignidade e do caráter indisponível dessa dignidade, o cristianismo também trouxe as ideias de singularidade do indivíduo, como ser único, e do amor ao próximo⁴¹².

De fato, a concepção avançou a partir da percepção sobre a natureza do próprio homem, já que a igual dignidade partiria do pressuposto universal cristão da relação entre o homem e Deus, aceitando-se que a criação era algo divino, o que igualava todos⁴¹³.

⁴⁰⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I...*, op. cit., págs. 31 e segs.

⁴¹⁰ Como anota José Carlos Vieira de Andrade, “é costume na cultura ocidental fazer remontar aos estoicos (continuados por Cícero, em Roma) as origens dos direitos fundamentais, já que nas suas obras se manifestam as ideias de dignidade e de igualdade, aparentemente referidas aos homens em si: a todos os homens, para além e independentemente da sua qualidade de cidadãos.” Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 16.

⁴¹¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I...*, op. cit., pág. 39; JORGE REIS NOVAIS, Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, op.cit. pág. 56; No mesmo sentido, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, op. cit., pág. 23

⁴¹² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 17.

⁴¹³ Cf. EDUARDO CAMBI, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 35-36.

Porém, é sobretudo no pensamento de Kant⁴¹⁴, baseado na natureza racional do ser humano, na ideia de autonomia⁴¹⁵, moralidade, igualdade e valor intrínseco⁴¹⁶ que se identifica a raiz de uma concepção moderna e contemporânea de dignidade humana⁴¹⁷.

Na atualidade, especialmente por conta das atrocidades cometidas durante a segunda guerra, o princípio em análise traz a ideia, pacífica em nossas sociedades, de igual dignidade⁴¹⁸, o que é contrário a privilégios ou mesmo distinções que vulnerem o indivíduo por qualquer distinção de raça, cor, sexo, origem, etnia, condição econômica, etc. É a ideia de que qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser pessoa, tem direito a igual dignidade por ser esta inerente à própria condição humana.

A dignidade, que antes somente alguns privilegiados tinham, fora então reconhecida e estendida a todos indistintamente⁴¹⁹, como algo irrecusável e do qual não se pode dispor. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade, que passou a ser expresso em diversas Constituições, inclusive na brasileira, parte assim da ideia primordial de que a todos é conferida uma concepção de igualdade em sua essência.

Em face de tal evolução, e considerando a acepção atual do princípio, tem-se que o “novo constitucionalismo”, como sistema constitucional de direitos fundamentais, foi construído, como afirma Jorge Reis Novais, sob os pilares da

⁴¹⁴ Cf. IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. 1ª ed. - Lisboa. Edições 70 Ltda. 2007, págs 79 e segs.

⁴¹⁵ Para Kant, a autonomia estava relacionada à moralidade e à capacidade do homem em fazer leis para si próprio. A decisão devia ser tomada em função do dever moral e, ainda, não poderia ser arbitrária para consigo mesmo. É nesse sentido que a autonomia é “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. Cf. IMMANUEL KANT, *op. cit.*, pág. 79.

⁴¹⁶ Segundo Kant, “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade”. Cf. IMMANUEL KANT, *op. cit.*, pág.77.

⁴¹⁷ Nesse sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I, *op. cit.*, pág. 43. Da mesma forma, cf. INGO WOLFGANG SARLET, *op. cit.*, p.41. Acerca da contribuição de Kant, Paulo Otero destaca que o “filósofo do Estado de Direito” alemão procurou “estabelecer um fundamento moral para a liberdade e a igualdade dos homens”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 203.

⁴¹⁸ Este conceito foi defendido por Ronald Dworkin, conforme mencionado por JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 45.

⁴¹⁹ Sobre o assunto, citando Jeremy Waldron, cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol I..., *op. cit.*, pág. 36.

dignidade da pessoa humana⁴²⁰, constituindo-se, por assim dizer, fundamento material da concepção dos direitos fundamentais como verdadeiros trunfos⁴²¹.

⁴²⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa...*, *op. cit.*, págs. 52-53.

⁴²¹ Inspirado na ideia originária de DWORKIN, Jorge Reis Novais enfatiza que ter um direito fundamental em Estado de Direito é equivalente a ter um trunfo num jogo de cartas, cujo fundamento encontra-se no próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, págs. 17, 18, 43 e 47.

2. Dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito Democrático e a necessidade de delimitação de conteúdo normativo próprio.

Com o fim da segunda guerra mundial e a derrota dos regimes totalitários que promoveram e marcaram a humanidade com suas atrocidades em nome da lei, a ética e os valores foram resgatados, retomando sua importância no Direito e a dignidade da pessoa humana adquiriu relevância jurídica, marcando um novo momento no direito constitucional: o pós-positivismo⁴²².

Inspirado nas ideias de justiça e de legitimidade, a doutrina pós-positivista buscou ir além da legalidade estrita, procurando fazer uma leitura moral da Constituição e da lei, por meio, dentre outras formas, da inclusão de valores na interpretação jurídica, do reconhecimento de normatividade aos princípios e do desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais construída sobre a dignidade da pessoa humana⁴²³.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental de grande consenso ético no mundo, fora introduzida em declarações de direito, convenções internacionais e constituições, assumindo a condição de princípio jurídico de *status* constitucional⁴²⁴. Ainda quando não expressamente previsto no Texto Constitucional, a dignidade da pessoa humana constitui um princípio inerente ao Estado de Direito⁴²⁵.

⁴²² Para a clareza do assunto, Georges Abboud afirma que o pós-positivismo “consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade.” Cf., GEORGE ABOUD, *Processo Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 57.

⁴²³ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, págs. 281-283. Por sua vez, ao proceder um criterioso estudo acerca da evolução da dignidade humana no Direito e na Política da Austria, Herbert Schambeck afirma que “*la dignidade humana se expresa como um valor del ser humano que es determinado como um cometido para el Derecho e la política*”. Segundo o autor, seja explícita ou implicitamente parte do Direito Constitucional, a dignidade da pessoa humana é a “*base espiritual de los derechos fundamentales del ser humano*”, tendo “*su propia historia ideológica, y, em cada país, sua propia evolución legislativa*”. Cf. HERBERT SCHAMBECK, “Sobre la dignidade human en el derecho y la política in Austria”, in *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 7, Madrid, 2013, páginas 463/477. Página 463.

⁴²⁴ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, pág. 285.

⁴²⁵ A necessidade de concretizar a dignidade da pessoa contribuiu decisivamente para a evolução do Estado de Direito. Já não seriam suficientes apenas os direitos de liberdade. A igualdade, antes formal, exigia uma materialização de condições necessárias para o alcance da verdadeira igualdade fática. Como ressalta Jorge Miranda, “o resultado almejado há de ser uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4 vol., *op. cit.*, pág. 35.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana não apenas está expressamente disposta na Constituição, mas foi consagrada formalmente como fundamento da República brasileira, sendo, portanto, princípio basilar de toda a ordem jurídica do Estado⁴²⁶. Nessa qualidade, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um novo tipo de relacionamento entre Estado e indivíduos, não só por atuar como limite e parâmetro da atividade estatal, mas também porque dele decorre a obrigação de o Estado respeitar, proteger e promover a dignidade da pessoa humana⁴²⁷.

Mas o que justifica a relevância que fora atribuída à dignidade a ponto de ser elevada a condição de princípio supremo da ordem constitucional? Dentre algumas teorias⁴²⁸ que buscam encontrar um fundamento material para a dignidade enquanto princípio jurídico, afigura-se muito pertinente a ideia defendida por Jorge Reis Novais, para quem é o sentido de justiça, fundado na regra da reciprocidade moral⁴²⁹, que justifica o relevo atribuído à ideia de dignidade e sua consequente elevação a princípio constitucional supremo⁴³⁰.

⁴²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Para Jorge Reis Novais, quando o princípio da dignidade humana é elevado à qualidade de base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional é também, de algum modo, constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 1º v., *op. cit.*, pág. 20.

⁴²⁷ Nas palavras de Giancarlo Rolla, a garantia e a tutela dos direitos fundamentais da pessoa servem para definir a “*fisionomía de los ordenamientos democráticos*”, constituindo, portanto, um elemento característico do Estado de Direito. Cf., GIANCARLO ROLLA, “*El valor normativo del principio de la dignidade humana. Consideraciones em torno a las constituciones ibero-americanas*”, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 465.

⁴²⁸ Hasso Hofmann, “*Die versprochene Menschenwurde*”, *apud* JORGE REIS NOVAIS, propôs uma categorização tripartite das diferentes teorias sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, a saber: 1. Teoria do dote ou teoria da valia intrínseca; 2. Teoria da prestação e 3. Teoria do reconhecimento ou teoria da comunicação. Cf., Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- *Dignidade e Inconstitucionalidade*, *op. cit.*, pág. 36.

⁴²⁹ A reciprocidade moral consiste na “ideia de que julgamos as ações humanas através do teste simples que consiste em saber se gostaríamos de estar na posição de quem as sofre. (...) a faculdade de imaginar a dor e a degradação infligidas a outros seres humanos tal como se fossem a nós próprios - ; e simplesmente um facto nosso, enquanto espécie.” Cf., Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, *apud* JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- *Dignidade e Inconstitucionalidade*, *op.cit.*, pág. 51, nota 29.

⁴³⁰ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- Dignidade e Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, págs. 19, 52, 53 e ss.

Esse sentido de justiça, porém, que fundamenta a dignidade da pessoa humana, não é estático, mas, em contextos de sociedades abertas, revela-se outrossim intrinsecamente evolutivo, permeado da possibilidade de mudanças e atualizações que permitem alterar, de forma correspondente, o conteúdo normativo do princípio constitucional que fundamenta⁴³¹.

Hoje, o sentido de justiça que domina em nossa sociedade e que se projetou no reconhecimento constitucional do princípio da dignidade humana após a segunda guerra mundial foi construído e desenvolveu-se em razão das trágicas experiências de atrocidades praticadas contra as pessoas em nome de supostas superioridades ou pureza de tipo grupal, étnico, racial, religioso ou ideológico do todo sobre o indivíduo⁴³².

Com efeito, tais experiências moldaram o atual sentido de justiça por uma perspectiva individual e igualitária da dignidade, voltada para a valorização do indivíduo sobre o grupo ou comunidade de pertença, para que cada um tenha garantida a possibilidade de progredir, de forma livre e autônoma, como pessoa humana⁴³³. É, pois, esse sentido de justiça que motiva o desenvolvimento normativo do conceito de dignidade e o orienta no sentido de garantia e proteção da pessoa concreta e individualmente considerada⁴³⁴.

⁴³¹ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- Dignidade e Inconstitucionalidade, *op. cit.*, pág. 55. Nesse sentido, Giancarlo Rolla destaca que a compreensão da dignidade da pessoa humana constitui, com o passar dos séculos, “*una frontera expuesta a continuas incursiones*”. Segundo o autor “*la complejidad deriva de la circunstancia de que, para reconstruir el ámbito efectivo de garantía del valor constitucional de la dignidade humana, se hace necesaria una actividad interpretativa nada fácil; puesto que há de ser apta para coligar y relacionar una pluralidad de disposiciones constitucionales.*” Cf., GIANCARLO ROLLA, *op. cit.*, pág.464. Ao tratar das notas essenciais que caracterizam o conceito de direito subjetivo fundamental, José Carlos Vieira de Andrade menciona que a fundamentalidade referida a “do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade”. Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 132.

⁴³² Os regimes totalitários submeteram o ser humano “ao todo”. No nazismo, esta subordinação inequívoca do indivíduo ao seu grupo “racial” estava explícita no discurso oficial do regime: “*Du bist nichts, dein Volks ist alles*” (*tu não és nada, o teu povo é tudo*). O nacionalismo alemão possuía conotação fortemente racista. Cf., Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em www.declaracao1948.com.br. Acesso em 17 de maio de 2019.

⁴³³ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- Dignidade e Inconstitucionalidade, *op. cit.*, pág. 59.

⁴³⁴ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- Dignidade e Inconstitucionalidade, *op. cit.*, pág. 86.

Conforme Jorge Reis Novais, embora o sentido de justiça seja, portanto, o fundamento para o conteúdo normativo que deve ser atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana, com este não se confunde, uma vez que o princípio constitucional da dignidade desenvolve natureza, conteúdo e efeitos jurídicos próprios.

Da mesma forma ocorre entre a dignidade da pessoa humana e os demais princípios constitucionais estruturantes e direitos fundamentais, ou seja, embora a dignidade da pessoa humana seja o fundamento de princípios constitucionais como o da igualdade, proporcionalidade e o da proteção da confiança, estes possuem conteúdo normativo próprio e independente do fundamento que lhes deu origem⁴³⁵.

No entanto, sua grande vagueza⁴³⁶ e imprecisão⁴³⁷ abre espaço para o uso indevido, a banalização de seu sentido ou ainda o conduz a uma utilização inócua, reduzindo-o ao papel de mero reforço retórico dos direitos fundamentais⁴³⁸. Daí porque urge encontrar um sentido normativo autônomo, próprio, útil e não meramente retórico⁴³⁹, com conteúdo mínimo aberto, abrangente, secular e inclusivo, tendencialmente consensual⁴⁴⁰, adotando-se critérios⁴⁴¹ que confirmem unidade e objetividade à sua aplicação e que orientem a verificação constitucional

⁴³⁵ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v.- Dignidade e Inconstitucionalidade. *op. cit.*, pág. 59.

⁴³⁶ Como aborda José Melo Alexandrino, “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer aquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”. Cf. José Melo Alexandrino, *O Discurso dos Direitos*. 1 ed. Coimbra. Coimbra Editora. 2012, pág. 15. Até mesmo o uso das expressões “dignidade humana” e/ou “dignidade da pessoa humana” gera debates quanto à precisão terminológica. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 545.

⁴³⁷ Tamanha é a textura imprecisa do princípio que Carlos Blanco de Moraes adverte para os riscos de sua banalização, afirmando que “o princípio em causa assume uma textura vaga e multidigitada, sendo vulnerável a uma multiplicidade perturbante de relações de significados e, até, a uma perigosa banalização que lhe retira peso.” Cf., CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pág. 465.

⁴³⁸ Este alargamento do sentido e aplicação do princípio da dignidade da pessoa, assim como ocorre, em geral com os direitos fundamentais, acaba por gerar, como adverte Paulo Otero, “uma verdadeira debilitação ou adulteração da ‘fundamentalidade’ do próprio conceito de direito fundamental”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 528.

⁴³⁹ Jorge Reis Novais chama a atenção para o fato de que “na grande maioria dos casos, o alcance da invocação judicial do princípio raramente vai para além de uma utilização meramente retórica ou, quando muito, de reforço de conclusões que, de outra forma, seriam igualmente retiradas da simples aplicação das normas de direitos fundamentais”. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 1º v., *op.cit.*, pág. 13.

⁴⁴⁰ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 1º v., *op. cit.*, pág. 25.

⁴⁴¹ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 1º v., *op. cit.*, pág. 24.

de eventual violação do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto norma constitucional.

Nesta busca pelo alinhamento de seu sentido, Jorge Reis Novais propõe, a partida⁴⁴², a construção do conteúdo autônomo em torno de duas dimensões, consideradas essências, de possível concretização do seu sentido normativo, a saber: a dignidade como integridade humana e a dignidade como igual dignidade⁴⁴³.

De uma forma diferente, o autor não procura apurar os elementos ou atributos para construir ou determinar, de forma positiva⁴⁴⁴, um conceito de dignidade⁴⁴⁵, mas sim, numa perspectiva de delimitação negativa do conceito, busca “identificar as situações típicas de violação do princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana”⁴⁴⁶.

⁴⁴² Diz-se “à partida” porque além das duas dimensões de dignidade propostas, consideradas estas essenciais (igual dignidade e integridade como pessoa), Jorge Reis destaca outros dois potenciais âmbitos normativos de invocação do princípio, a saber: um seria a dignidade referente não apenas a da pessoa nascida e com vida, mas de qualquer ser humano enquanto forma de vida humana ou *espécimen* identificado pela pertença à espécie, como o embrião e o cadáver; o segundo teria uma dimensão puramente objetiva da dignidade enquanto dignidade da própria espécie, independente de qualquer referência individual. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v..., *op. cit.*, pág. 89.

⁴⁴³ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 1ª v.- Dignidade e Direitos Fundamentais... *op.cit.*, pág. 11. Por sua vez, Luís Roberto Barroso, considerando que o conteúdo jurídico a ser conferido à dignidade deve ser dotado de características de natureza aberta, plástica e plural a alcançar a todas as pessoas indistintamente, identifica três elementos a integrar o conteúdo mínimo da dignidade, a saber: 1) valor intrínseco da pessoa humana; 2) autonomia individual; e 3) valor comunitário. Cf., LUÍS ROBERTO BARROSO, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, *op. cit.*, pág.286.

⁴⁴⁴ Segundo Jorge Reis Novais, a tentativa de se apurar o que se entende por dignidade da pessoa humana e preencher positivamente seu conceito, numa elaboração tendencialmente consensual, é uma prática que enfrenta relevantes dificuldades desde já porque cada um tem uma posição própria e diferente sobre o que é ser digno, e assim, nunca se chegará a um entendimento consensual. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, 2 v..., *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁴⁵ Na tentativa de formular um conceito do princípio da dignidade humana, Paulo Otero socorre-se da inspiração kantiana para afirmar que a “dignidade é lesada quando o ser humano concreto é degradado em mero objeto, instrumento ou simples coisa, sendo descaracterizado como sujeito de direitos ou desconsiderado como pessoa dotada de inteligência e liberdade”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 551.

⁴⁴⁶ Apesar das diferenças sobre o que é ser digno, endossamos a ideia de Jorge Reis Novais segundo a qual teremos muito mais possibilidades de convergência em concordar na identificação de uma atitude indigna violadora do princípio, ainda que invocando diferentes razões para a qualificarmos como tal, do que chegar a um entendimento consensual sobre o que é dignidade. Desta forma, tem-se que “uma delimitação negativa potencia as possibilidades de convergência por parte de todas as correntes de um pluralismo razoável de Estado de Direito.”Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, 2 v..., *op. cit.*, pág. 83-85. De fato, a busca por um conceito próprio e preciso no sentido positivo da dignidade da pessoa humana tem despertado acalorados debates, sobretudo pelas dificuldades em sua determinação. Ao examinar o tema, Aharon Barak, tomando por base a própria dificuldade da Lei Federal Alemã na definição da dignidade humana, e mesmo considerando a grande discussão acerca das vantagens e desvantagens desta aproximação, menciona o raciocínio

Adotando, portanto, a estratégia de apuração do conteúdo não pela via positiva, mas pela via negativa, o autor propõe, então, que haverá violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana quando ocorrer pelo menos uma das duas seguintes situações consideráveis, a saber: a uma, diante de um não reconhecimento da integridade humana (quando se verificar desrespeito da humanidade intrínseca e da autonomia individual da pessoa); a duas, quando se verificar uma violação qualificada da igual dignidade de todas as pessoas⁴⁴⁷. São essas, portanto, na perspectiva de Jorge Reis Novais, as dimensões normativas essenciais da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana.⁴⁴⁸

Antes de adentrar numa análise detalhada da dimensão mais pertinente, e a que mais interessa ao presente trabalho, qual seja, a dimensão da igual de dignidade, é mister, ainda que perfunctoriamente, por razões de clareza, uma abordagem da primeira dimensão normativa essencial da dignidade da pessoa humana, a integridade humana.

Com efeito, o ser humano é dotado de um conjunto de características particulares que o distingue dos demais seres da natureza e o qualificam como pessoa. Essas características se expressam na capacidade, única e exclusivamente humana, de destaque da natureza, de consciência de si e de programação da própria existência que só a razão humana permite⁴⁴⁹. Está associada à capacidade de autonomia da pessoa, à capacidade de ser sujeito da própria vida.

Não reconhecer essa capacidade seria desconsiderar aquilo que distingue o homem dos demais seres vivos e, portanto, seria não respeitar uma dimensão essencial da integridade humana da pessoa, o que, consequentemente, configuraria uma violação de sua dignidade.

Desta forma, o princípio da dignidade humana, como norma constitucional, desenvolve-se não só no respeito à humanidade intrínseca do indivíduo, como também na garantia dessa capacidade intrinsecamente humana de autodeterminação e de programação da própria vida⁴⁵⁰.

de Dürig, para quem *“human dignity is always seeing a person as an end and not as a mere means or an object”*. Aharon Barak, *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press, 2015, pág. 235.

⁴⁴⁷ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v., ob. cit., - pág. 87.

⁴⁴⁸ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v., ob. cit., - pág. 97.

⁴⁴⁹ Para Paulo Otero, “cada pessoa humana é parte integrante da humanidade”, significando dizer que “a cada um é confiado o encargo de velar pelos restantes”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 505.

⁴⁵⁰ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v., ob. cit., - pág. 96.

Mas para além dessa capacidade de ser sujeito da própria vida traduzida na capacidade de autonomia da pessoa, há uma segunda dimensão essencial que integra o reconhecido estatuto próprio da pessoa humana, a da igual dignidade, pela qual toda pessoa humana nascida possui uma dignidade igual a de qualquer outra pessoa, devendo assim ser tratada a fim de ter garantida a possibilidade de prosperar como pessoa⁴⁵¹.

Com efeito, sabendo-se que numa ordem jurídica onde os fins do Estado são essencialmente os de garantia da dignidade da pessoa humana, partiremos agora para uma análise da ação afirmativa especificamente de cunho racial na perspectiva da concretização da igual dignidade.

⁴⁵¹ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2º v., ob. cit., - págs. 59 e 91.

CAPÍTULO 02.

CONCRETIZAÇÃO DA IGUAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A “RAÇA” COMO CRITÉRIO.

“O sentido de justiça que se projetou no reconhecimento constitucional do princípio da dignidade humana após a Segunda Guerra Mundial orientou-se para uma concepção intrinsecamente igualitária da dignidade e para a sua dimensão subjetiva e pessoal, para a valorização do indivíduo sobre o grupo ou a comunidade real ou artificial em que se integra, para a garantia jurídica da possibilidade de cada um poder prosperar, em liberdade e autonomia, como pessoa⁴⁵².”

1 – O sentido de justiça que fundamenta o sistema de cotas raciais e o descompasso com o sentido de justiça que alicerça a dignidade da pessoa humana.

O conteúdo normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra base no sentido de justiça que fundamenta a dignidade da pessoa humana⁴⁵³. Partindo-se desse pressuposto, é necessário compreender que o nosso atual sentido de justiça, voltado para uma perspectiva individual e igualitária, foi construído a partir das experiências traumáticas, perpetradas por Estados totalitários, que marcaram a humanidade na primeira metade do século XX.

Assentado estruturalmente numa regra de preferência do coletivo face ao individual⁴⁵⁴, na diluição e completa absorção do homem, o Estado totalitário promoveu as maiores atrocidades contra as pessoas em nome de supostas superioridades de grupo racial⁴⁵⁵, étnico, religioso e ideológico. O indivíduo, completamente desvalorizado, foi transformado de sujeito em objeto, de pessoa em

⁴⁵² Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v..., *ob. cit.*, - pág. 59.

⁴⁵³ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v..., *ob. cit.*, - pág. 59.

⁴⁵⁴ Cf. PAULO OTERO, Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág.304.

⁴⁵⁵ A teoria racial e o racismo usados na luta pelo monopólio do poder social foram os alicerces dos preconceitos racionais que se transformaram em ações políticas, resultando em milhões de mortes numa escala sem precedentes. Cf., FRANCISCO BETHENCOURT, *op. cit.*, pág. 24. Sobre teoria das raças e discriminação, exploração e atrocidades, ver também SÉRGIO PENA, *Humanidade Sem Raças? op. cit.*, pág. 8.

coisa, deixando a pessoa humana de ser um fim em si mesma para ser um mero instrumento a serviço dos fins do Estado⁴⁵⁶.

Foi a partir desse contexto histórico de aniquilamento da pessoa humana⁴⁵⁷ que o atual sentido de justiça desenvolvido no seio da sociedade pós Segunda Guerra Mundial revalorizou, na ideia de dignidade humana, a perspectiva individual e igualitária, voltada para a valorização do indivíduo sobre o grupo e não, do grupo sobre o indivíduo, especialmente quando esse grupo é construído em razão do ser, da “raça”, da etnia, da cor da pele, mas também por razões religiosas e ideológica⁴⁵⁸.

Com efeito, ao circunscrever a ideia de dignidade da pessoa humana às pessoas em concreto⁴⁵⁹, claramente o sentido de justiça excluiu do âmbito de sua proteção a projeção de uma ideia abstrata ou coletiva de ser humano⁴⁶⁰, razão pela qual se verifica, em última análise, que o referencial de tutela da dignidade da pessoa humana é, pois, todo e qualquer ser humano, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua existência⁴⁶¹, enquanto indivíduo concreto.

Entretanto, ao passo que o atual sentido de justiça que fundamenta a dignidade projetou-se numa perspectiva de valorização do indivíduo concreto para a garantia jurídica da possibilidade de cada um poder prosperar como pessoa humana, o sentido de justiça que fundamenta especialmente as ações afirmativas de cunho racial foi construído numa direção contrária, trilhando na sua contramão, ao orientar-se para uma concepção transpersonalista categórica de valorização não do

⁴⁵⁶ Segundo Paulo Otero, o Estado totalitário além de pretender transformar a sociedade e o mundo, visa também transformar a própria natureza humana, subordinando e instrumentalizando o homem para fins e interesses transpersonalistas alheios a pessoa humana viva e concreta. O indivíduo desaparece, apagando-se diante da coletividade protagonizada pelo Estado. Cf., PAULO OTERO, *op. cit.*, págs. 305, 306.

⁴⁵⁷ Cf., PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 307.

⁴⁵⁸ Como destaca Jorge Reis Novais, em razão das atrocidades contra as pessoas terem sido cometidas em nome de pretensas superioridades ou purezas de tipo grupal, étnico, religioso, ideológico ou ainda da pretensa supremacia do todo sobre o indivíduo foi que o atual sentido de justiça revalorizou, e continua a revalorizar, na ideia de dignidade da pessoa humana, a perspectiva individual e igualitária. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. 2ª v..., *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁵⁹ Como enfatiza José Carlos Vieira de Andrade ao tratar sobre a ‘individualidade’ como elemento característico do direito subjetivo fundamental, “em rigor, só os indivíduos poderiam ser titulares (sujeitos ativos) de direitos fundamentais, pois a dignidade humana que os fundamenta só vale para as pessoas físicas (as únicas pessoas humanas) e não para as pessoas jurídicas ou coletivas.” Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 116.

⁴⁶⁰ Cf., PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 545-547.

⁴⁶¹ Cf., PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 549.

indivíduo, mas do grupo (fechado) de modelo “populacional de raças⁴⁶²” que o indivíduo integra, construído e justificado em razão do ser, da natureza, de características e atributos que independem da vontade da pessoa, designadamente a “raça” ou a cor da pele.

Urge ressaltar, que estamos nos referindo especialmente às ações afirmativas de natureza racial, já que existem outras modalidades de ações afirmativas para categorias abertas⁴⁶³ que não se apresentam em descompasso com o sentido de justiça que fundamenta a dignidade da pessoa humana, como será abordado mais adiante.

Nesta perspectiva, ao assentar sua justificação⁴⁶⁴ sobre os pilares da “reparação”⁴⁶⁵, da “justiça distributiva”⁴⁶⁶ e da “diversidade”⁴⁶⁷, as ações afirmativas raciais preconizam uma linha de nítida projeção da ideia coletiva de ser humano com a preferência do grupo populacional rácico sobre o indivíduo, verificada claramente no momento em que o interesse que passa a ser considerado não é mais o do indivíduo concreto, mas o da categoria populacional ou entidade grupal com a qual o indivíduo se identifica, e na qual ele se projeta a partir de um rótulo ou uma classificação de natureza rácica e/ou étnica imposta pela coletividade: ‘negros’, ou de forma mais “atualizada”, os ‘afrodescendentes’ e sua cultura, índios e pardos.

Nesse caso, a pessoa deixa de ser percebida em sua individualidade, como um indivíduo único, concreto e complexo, e passa a ser percebida em termos

⁴⁶² Terminologia utilizada pelo geneticista Sérgio Pena ao explicar os modelos de divisão da humanidade na história. Cf., SÉRGIO PENA, *humanidade sem raças?*, *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁶³ “Categorias abertas”: que são ou podem ser preenchidas por qualquer pessoa. Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 131.

⁴⁶⁴ Enquanto nos Estados Unidos os modos de justificação da ação afirmativa foram construídos e mudaram ao longo da história, no Brasil, sob os auspícios da Fundação Ford, elas já chegaram “prontas e acabadas”, apresentando-se simultaneamente.

⁴⁶⁵ Em linhas gerais, ao tratar da reparação como fundamento das políticas de cotas raciais, alega-se que por conta da escravidão de homens negros nos séculos passados haveria a necessidade de resgatar uma dívida social a um grupo ou a uma parte ou segmento da sociedade historicamente discriminado, considerando a existência de uma exclusão da população negra no que diz respeito ao acesso à educação superior. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR, *op.cit.*, págs. 41-42.

⁴⁶⁶ Sob a perspectiva de uma pretensa “justiça social”, argumenta-se que a política de cotas raciais se justificaria pela constatação de desigualdade que são grupo-específicas, associando-se, indissolúvel e equivocadamente desigualdade social e pobreza à raça, como justificativa para a criação de políticas públicas raciais. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR, *op.cit.*, págs. 29 e 47.

⁴⁶⁷ Ligada à teoria de multiculturalismo, a ideia da “diversidade” gira em torno de uma suposta necessidade de composição social, a fim de que os diversos espaços de poder tenham representatividade ampla dos grupos considerados preteridos. Cf. JOÃO FERES JÚNIOR, *op.cit.*, pág. 40.

interpopulacionais, como representante de uma raça ou de uma etnia⁴⁶⁸. Como afirma o geneticista americano Richard Lewontin⁴⁶⁹, “ao ser negada a individualidade dos membros de outros grupos, eles são objetivados, desumanizados. É igual dizer: “eu sei a ‘raça’ a que ele (a) pertence, portanto, já sei tudo que é possível saber a respeito dele (a).”

Nesse sentido, veja-se que, sob o argumento da “reparação”, as políticas de cotas raciais são justificadas como medidas que visam conferir à categoria dos “afrodescendentes” uma compensação, ou reparação, pelas injustiças cometidas no passado a seus ascendentes escravizados⁴⁷⁰. Tal argumento revela-se contraditório e irrealizável numa correspondente dimensão teórica e prática.

⁴⁶⁸ No caso *Grutter v. Bollinger*, mencionado por ocasião da análise das ações afirmativas nos Estados Unidos, o Tribunal Maior apesar de ter admitido o uso do critério racial como política válida e constitucional para o fim de promover a diversidade, ressaltou que este critério deveria ser flexível o suficiente a ponto de permitir sua sobreposição por outros elementos como qualificações diversas desejáveis nos candidatos. “Cotas, por exemplo não seriam toleradas”, pois “deveria ser possível que cada pessoa fosse percebida como um indivíduo complexo e não apenas como representante de uma raça ou etnia”. Cf., Roberta Fragozo Menezes Kaufmann, *op. cit.*, pág. 204.

⁴⁶⁹ “Em uma conferência proferida em 2004 na Universidade de Berkeley (EUA), o brilhante geneticista norte-americano Richard Lewontin (1929-) fez uma importante observação a respeito dos níveis de diversidade humana. (...) Uma marca de preconceito é ver a humanidade em termos apenas interpopulacionais, ou seja, a inabilidade de reconhecer em outros grupos “raciais” a individualidade de cada pessoa. Isto é frequentemente expresso na frase: “eles parecem todos iguais, mas nós somos todos diferentes uns dos outros”. Ao ser negada a individualidade dos membros de outros grupos, eles são objetivados, desumanizados. É igual dizer: “eu sei a ‘raça’ a que ele (a) pertence, portanto, já sei tudo que é possível saber a respeito dele (a).” Cf., RICHARD LEWONTIN *apud* SÉRGIO PENA, *À flor da pele...*, *op. cit.*, pág. 56.

⁴⁷⁰ Corrigir injustiças históricas causadas pela escravidão é o argumento mais fortemente invocado por todos os que defendem a política de cotas para inclusão dos negros, pardos e índios na educação superior. Essa é a chamada “*Teoria da Justiça Compensatória*”, teoria essa acolhida pelo Ministro relator do processo que votou pela improcedente da ADPF que discutia a constitucionalidade de ações afirmativas baseada na “raça”. Cf. ADPF 186, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>, inteiro teor, p. 2 e 3. Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato afirma que as cotas raciais consistem em “uma tímida tentativa de reparar um imenso crime coletivo que nós cometemos aqui no Brasil contra os africanos e os afrodescendentes pela escravização.” Fábio Konder Comparato em matéria veiculada e disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=5YPMPx6dwOk>. Contudo, essa não é a visão de Thomas Sowell. Para ele, “a hipótese de que hoje podemos ressarcir os indivíduos pelo que foi feito a grupos no passado, que podemos consertar, atualmente, males feitos a pessoas que estão mortas há muito tempo” é uma ilusão. Afirma ainda o autor que “por maçante que possa ser o reconhecimento, todo malefício perpetrado em gerações passadas, e há séculos, permanecerá sendo mal indelével e irrevogável, a despeito de qualquer coisa que possamos fazer agora. Atos de expiação simbólica entre vivos meramente criam novos males.” Para além disso, Thomas Sowell também observa que “a noção de que se pode ler as injustiças do passado nas disparidades do presente se torna ridícula à luz de todas as minorias em inúmeros países que prosperaram mais que as respectivas populações majoritárias desses países, sem qualquer possibilidade de discriminar contra essas maiorias e, muitas vezes, a despeito da persistente discriminação dessas maiorias contra elas”. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, págs. 221 e 241.

Com efeito, no aspecto teórico, considerando que o paradigma sob o qual se assentam nossas instituições jurídico-políticas é centrado na perspectiva do indivíduo, único e irrepetível, não há que se falar em reparações devidas a uma entidade coletiva ou grupo que representa uma “raça”, pois, em última análise, são os indivíduos, como vítimas concretas do crime do passado, que portam direitos e não uma entidade transpersonalista categórica fechada⁴⁷¹. O mesmo raciocínio se aplica à imputação da responsabilidade aos perpetradores, haja vista que deveres e culpabilidade não são facilmente transferíveis aos descendentes⁴⁷².

Numa perspectiva de ordem prática, a dificuldade de se identificar o indivíduo que se integra na categoria ‘afrodescendente’ revela-se intransponível, sobretudo numa sociedade como a brasileira, onde a miscigenação não é apenas considerada uma marca de identidade nacional, mas sua principal virtude.

Diante de uma ou outra situação, vê-se que existem barreiras intransponíveis para se alcançar uma pretensa reparação através da política de cotas raciais. Isto porque, além de impossível delimitar os responsáveis e beneficiários, agressores e vítimas de gerações passadas e presentes, a premissa da reparação em favor de um suposto “grupo” aniquila a individualidade da pessoa, anulando o sujeito de direitos alcançado pelo sentido de justiça que dignidade humana preconiza.

Nesta mesma seara, verifica-se que o argumento da “justiça distributiva”, ou “justiça social”, também padece de inconsistências. Referido argumento foi construído a partir da tese, fundada em ardilosa estratégia⁴⁷³

⁴⁷¹ Nessa perspectiva, José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar do problema da consagração de direitos de grupos assevera que “em todo o caso, a aceitação da existência de direitos de grupos, sobretudo quando, além dos direitos procedimentais, se pretenda a afirmação de posições jurídicas substantivas, nunca poderá implicar a coletivização dos direitos dos membros, nem prejudicar os direitos e as liberdades individuais destes perante os próprios grupos”. Cf., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 125-126.

⁴⁷² Cf. JOÃO FERES JÚNIOR, *op.cit.*, pág. 41/42.

⁴⁷³ Conforme esclarece Ali Kamel, os defensores da política de cotas usaram de uma estratégia, ou um “truque”, para mostrar que no Brasil a maioria dos pobres é negra e que os negros são pobres por causa do racismo. A estratégia estatística consistiu em unir “pretos” e “pardos” em uma única categoria, a categoria “negro”. Esta estratégia foi consagrada pela lei do Estatuto da Igualdade racial, Lei 12.288/2010, senão veja-se: “artigo 1º, parágrafo único: Para efeito deste Estatuto, considera-se: (...) IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;” Só assim os números divulgados passariam a ser eloquentes: em vez de uma população de 5,9% de pretos, as estatísticas divulgadas em prol da política de cotas falam em 48% de “negros”. Os 42% de autodeclarados “pardos” não aparecem. Desta forma os defensores das cotas manipulam as estatísticas afirmando que os brancos no Brasil são 51,4% da população e os

estatística⁴⁷⁴ onde o número de negros pobres suplanta o número de brancos pobres, de que a concentração de “negros” nas camadas mais pobres além de ser uma herança da escravidão é também consequência do racismo dos brancos. Desta forma, o preconceito somado à discriminação, ou seja, do racismo dos brancos seria a razão da pobreza do negro⁴⁷⁵, e assim, pobreza teria “cor e raça”⁴⁷⁶.

negros, 48%, mas dos 56,8 milhões de brasileiros pobres, os brancos seriam apenas 34,2%, enquanto os negros representariam 65,8% do total. Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, págs. 10, 11 e 59. Essa estratégia se confirma quando defensores das cotas raciais, como João Feres Júnior, admite que é preciso levar em consideração as categorias adotadas pelo IBGE para fazer valer os dados estatísticos e análises da desigualdade racial produzidos por sociólogos. Reconhece o autor que, se categorias diferentes forem adotadas, a justificação das políticas de cotas raciais perde, mas segundo ele, só em parte, a força da evidência estatística da desigualdade como suporte. Cf., JOÃO FERES JÚNIOR, *op. cit.*, pág.47. Assim, primeiro ocorre uma estratificação da população entre brancos, pretos, pardos, amarelos e indígenas, para logo depois agrupar negros e pardos e chamá-los a todos de “negros”. Desse ponto em diante, em todas as estatísticas, há apenas menção a “negros”, mas, na verdade, os números se referem sempre à soma de pardos e negros. Cf., ALI KAMEL, *op.cit.*, pág. 60. Como observa Demétrio Magnoli, “a supressão dos “pardos” produz magicamente um Brasil dividido quase exatamente ao meio em duas raças polares, um modelo ideal para os engenheiros de leis raciais. Também oculta (...) a ampla difusão da pobreza entre mestiços que, de acordo com a classificação censitária, representam 42% da população total e cerca de 70% da população da região norte, onde predomina a miscigenação de “brancos” com “indígenas”. O que se mostra e o que se esconde não é irrelevante. (...). As mesmas informações, analisadas por Ali Kamel, sugerem que a pobreza e as carências educacionais são um pouco maiores entre os “pardos” que entre os “pretos”. Como há “pardos” dos mais diversos tons de pele, este é um forte indício de que não se encontra no racismo a fonte das desigualdades sociais no país.” Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 361-362. Essa realidade de manipulação de estatísticas para justificar cotas não é algo novo na história das cotas pelo mundo. Pelo contrário! Como já relatado no capítulo que aborda a história das cotas raciais na Índia, Thomas Sowell adverte para a repetição do padrão de consequências que se seguem à adoção das cotas raciais, a despeito dos diferentes contextos em que essas políticas foram adotadas. Com efeito, na Índia, também há acusações de manipulação de dados. Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 10. Segundo Demétrio Magnoli, “os censos federais e as pesquisas conduzidas por governos estaduais e locais sofrem um bombardeio de acusações de fabricação estatística de “classes retardatárias.” O autor ainda chama atenção para o curioso fato que tem acontecido na Índia. “Enquanto as castas perdem relevância na vida econômica e social, elas se tornam cada vez mais importantes na esfera política.” Assim como na Índia as castas tem se tornado cada vez mais relevante para a política, no Brasil a “raça” também tem se tornado cada vez mais importante na esfera política. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 293-294.

⁴⁷⁴ Como observa Demétrio Magnoli, “de Hasenbalg em diante, um incansável esforço estatístico acompanha o projeto de reinterpretação da sociedade brasileira sobre linhas raciais. Estatísticas iluminam, esclarecem enganam e persuasivamente ocultam”. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 359.

⁴⁷⁵ Através de uma elaborada identificação entre classe social e raça, apoiada por um incansável e engenhoso esforço estatístico, a tese associa pobreza à cor da pele, razão pela qual no Brasil a pobreza teria cor e raça. Segundo Demétrio Magnoli, nas condições brasileiras, para se produzir uma “consciência racial” era preciso elaborar uma identificação entre classe social e “raça”: “os pobres são negros e os negros são pobres”. Entretanto, adverte o autor que a pobreza afeta desproporcionalmente não só grupos de pessoas de pele mais escuras, mas também grupos como nordestinos e os habitantes do meio rural. A ênfase estatística na cor da pele, assim, não teria um valor explicativo especial, mas responderia a interesses políticos bem articulados. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 358-359.

⁴⁷⁶ A expressão “Pobreza tem cor e raça” foi cunhada por lideranças racialistas tomando por base a tese de Carlos Hasenbalg, na obra “Discriminação e desigualdades raciais no Brasil”, originalmente uma tese defendida nos Estados Unidos e publicada em 1979, através da qual o autor procurou estabelecer uma relação entre as desigualdades socioeconômicas e a cor da pele, resumindo a tese

Sob o argumento da “Justiça distributiva” ou “justiça social”, as políticas de cotas raciais são justificadas como medidas que visam promover a igualdade⁴⁷⁷ entre “brancos” e “negros”, conferindo à entidade coletiva ou grupo categórico-ideológico “negro” uma vantagem ou benefício como forma de sair de uma pobreza, que, diga-se de passagem, atinge igualmente ao branco, numa clara, indissolúvel e equivocada associação das desigualdades sociais e da pobreza à “raça”, além, é claro, de partir de uma preconceituosa identificação do indivíduo em termos apenas interpopulacionais, desprezando a individualidade de cada pessoa.

A ideia presente como premissa central das ações afirmativas de cunho racial no Brasil é que os “negros” possuem uma história de pobreza e de baixo *status* ocupacional e não podem, ou não conseguem, por esforço próprio, ascender para a paridade dentro da sociedade⁴⁷⁸, cabendo ao Estado tutelá-los nesta caminhada, aplicando uma medida de natureza racial como suposta solução para um problema de natureza intrinsecamente econômico.

Com efeito, o que se está a afirmar com as ações afirmativas raciais é que os negros não conseguem progredir como quaisquer outros pobres e por isso as cotas raciais são absolutamente necessárias para o progresso dos mesmos. Ou seja, a existência do grupo e da ideia dos direitos dos grupos são repassadas como condição objetiva da realização dos direitos individuais dos negros, a partir da benemerência do governo. Fora do grupo, o negro seria incapaz de alcançar qualquer progresso ou conquista por esforço próprio. O valor é conferido ao grupo e não ao indivíduo.

Desta forma, a categorização ou alinhamento a determinado grupo racial fechado finda por esvaziar o indivíduo de sua personalidade como forma de enaltecer o grupo, a “raça”, ainda que com prejuízos claros à individualidade de cada um, o que acaba por afastar o tão buscado atual sentido de justiça.

na expressão que se tornou um verdadeiro adágio dentro das organizações do movimento negro brasileiro: “Pobreza tem cor e raça”. Para ele, o preconceito racial e a discriminação eram os fatores que mantinham o negro na pobreza. Ver DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, págs. 160, 358-359

⁴⁷⁷ Advertindo para a diferença entre igualdade e justiça social, Vieira de Andrade afirma que “é um equívoco ligar indissolavelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular a construção de uma sociedade igualitária”, uma vez que esta pretensão “pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que fez depender a liberdade da igualdade”. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 65.

⁴⁷⁸ Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 229.

Por fim, quanto ao argumento da “diversidade⁴⁷⁹”, este ancora-se em uma linha de valorização geral da ‘diferença’ definida em termos de cultura e etnia. Numa concepção essencialista⁴⁸⁰ do termo, propaga a existência de uma correlação entre cultura e raça, tendo grande predileção pelo termo “etnia”, que funciona como instrumento de racializar a cultura ou de culturalizar percepções raciais.

Sob o argumento da “diversidade”, as políticas de cotas raciais são justificadas como medidas que visam promover e permear as diferenças étnicas de grupo em todas as instâncias da sociedade. É aqui que entra a questão da “representação equilibrada de grupos”. O que se busca, portanto, é a valorização de grupos na perspectiva da diferença étnico-rácico-cultural. Assim, no direcionamento de políticas do Estado para atender grupos étnico-raciais, o indivíduo não mais aparece como ‘ser’ único; é escondido e diluidamente proscrito na sua categorização étnica de grupo fechado.

Além do mais, a tentativa de alcançar, através do sistema de cotas raciais, uma maior presença de negros, pardos e índios, nas universidades, por exemplo, sugerindo a produção de um tempo futuro no qual as diferenças possam se expressar em todas as instâncias da sociedade⁴⁸¹, parte de uma premissa equivocada segundo a qual os seres humanos seriam, ou poderiam ser, definidos através de “raças”, sendo esta, como visto, a justificativa para alcançar, estatisticamente, uma maior proporcionalidade no meio universitário.

Conforme tem sido destacado no decorrer do trabalho, tratar a questão sob o ponto de vista da diferença “racial” ofende duplamente o campo das ciências: a ciência biológica e a ciência jurídica. Sabe-se, contudo, que a interconexão das ciências exige um mínimo de harmonia e coerência entre seus diferentes ramos para que haja uma confirmação de seus postulados. A falta dela, ou a explícita contradição entre si anuncia que um dos dois pode estar equivocado.

Pois bem! Primeiro, a ciência biológica, haja vista que está cientificamente provado que os seres humanos, ainda que tenham origem, etnias, cor de pele, tamanho do crânio ou qualquer outra diferença, compõem uma única

⁴⁷⁹ Vocabulário pertencente à teoria do multiculturalismo. Cf., JOÃO FERES JÚNIOR, *op. cit.*, pág. 40.

⁴⁸⁰ Cf., JOÃO FERES JÚNIOR, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁸¹ Cf., JOÃO FERES JÚNIOR, *op. cit.*, pág. 39.

espécie, inexistindo “sub-raças” entre os mesmos⁴⁸². Conforme assevera Sérgio Pena, a descrição das variabilidades morfológicas interpessoal e interpopulacional pertence ao plano das aparências, ao mundo fenotípico, haja vista que genomicamente, cada ser humano, com exceção dos gêmeos idênticos, é igualmente diferente de todos os outros. Assim, as diferentes características físicas dos grupos na realidade representam adaptações morfológicas ao meio ambiente, sendo produto da seleção natural a agir sobre um pequeno número de genes⁴⁸³. Aliás, de acordo com Demétrio Magnoli, a pigmentação da pele expressa menos de 10, num universo de 25 mil genes do genoma humano, circunstância absolutamente incapaz de promover qualquer diferença genética entre brancos e negros⁴⁸⁴.

Por outro lado, independentemente de estatísticas, o sistema de cotas de natureza racial também provoca sensíveis repercussões e questionamentos no campo da ciência jurídica, de modo particular no que diz respeito a segunda dimensão do estatuto da pessoa considerado intocável pelo atual sentido de justiça: a igual dignidade da pessoa humana. Mas esse questionamento será objeto de análise do próximo capítulo.

⁴⁸² Na autoridade do geneticista Sérgio Pena, “o fato assim cientificamente comprovado da inexistência das “raças” deve ser absorvido pela sociedade e incorporado às suas convicções e atitudes morais. Uma postura coerente e desejável seria a construção de uma sociedade desracializada, na qual a singularidade do indivíduo seja valorizada e celebrada. Temos de assimilar a noção de que a única divisão biologicamente coerente da espécie humana é em 6.5 bilhões de indivíduos e não em um punhado de “raças”. Cf., SÉRGIO PENA, *A flor da pele*, *op. cit.*, pág.58.

⁴⁸³ O geneticista Sérgio Pena esclarece que a grande diversidade morfológica dos seres humanos pode ser descrita em dois níveis diferentes: um nível interpessoal e um nível interpopulacional. A diversidade morfológica interpessoal é a que distingue uma pessoa de outra na mesma população e que está intimamente ligada à identidade individual. Já a diversidade morfológica interpopulacional é a que caracteriza populações, especialmente grupos de diferentes continentes. É exatamente essa segunda diversidade que historicamente tem servido de base para a divisão da humanidade em “raças”. Cf., SÉRGIO PENA, *A flor da pele...*, *op. cit.*, págs. 54-55.

⁴⁸⁴ Segundo Demétrio Magnoli, “a Biologia reconhece espécies monotípicas, nas quais todos os indivíduos fazem parte da mesma raça, e espécies politípicas, nas quais é possível identificar raças distintas. A espécie humana é monotípica: daí a impossibilidade, experimentada historicamente, de se alcançar uma classificação racial consensual. A genética provou que as variações no interior das populações humanas continentais são muito mais expressivas do que as diferenças entre populações. Também revelou que as alardeadas diferenças entre as “raças” humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante da carga genética humana. A cor da pele, a mais icônica das características “raciais”, é uma mera adaptação evolutiva a diferentes níveis de radiação ultravioleta, expressa em menos de dez dos cerca de 25 mil genes do genoma humano”. Cf. Demétrio Magnoli, *op. cit.*, pág. 21. De forma a validar a afirmação de Demétrio Magnoli, o geneticista Sérgio Pena assevera que é apenas uma parte muito pequena da variação genômica humana que ocorre entre as supostas “raças”, o que leva, necessariamente, à conclusão e que elas não são significativas do ponto de vista genético ou biológico. Cf., SÉRGIO PENA, *A flor da pele...*, *op. cit.*, pág. 57. É impossível separar a humanidade em categorias raciais biologicamente significativas, independentemente do critério adotado. Cf., SÉRGIO PENA, *A flor da pele...*, *op. cit.*, pág. 55.

Por agora, o que importa destacar é que de uma forma geral os argumentos apresentados com vistas a justificar as ações afirmativas raciais buscam e promovem uma valorização do grupo ou da entidade coletiva racial fechada, por meio de uma categorização que, invariavelmente, conduz o indivíduo a uma diluição que o faz desaparecer e apagar-se diante da coletividade protagonizada pelo grupo racial que passa a ter destaque. É nítida a predileção da entidade coletiva fechada da comunidade em que se integra sobre o indivíduo em concreto.

Em vez de valorizar cada indivíduo como ser humano único, enfatizam seu pertencimento a uma população específica, levando, assim, as pessoas a serem vistas e percebidas a partir de sua classificação racial e identificadas pelo grupo que integram e não mais pela condição de indivíduos que são.

Há, em última análise, um nítido descompasso entre o sentido de justiça que fundamenta o sistema de cotas raciais e o sentido de justiça que alicerça o princípio da dignidade da pessoa humana, que, outrossim, só será alcançado dentro de uma sociedade desracializada, onde a singularidade do indivíduo seja valorizada e celebrada como ser humano único, em vez de enfatizar seu pertencimento a uma população específica.

O que se vê sobretudo através da opinião pública, não apenas entre leigos, mas dentro do próprio mundo jurídico, é que a maioria das pessoas não atenta para esse perigoso revés no caminho da dignidade da pessoa humana. Os meios de comunicação, utilizando-se de processos de publicidade coletiva, “fabricaram” uma opinião pública favorável às cotas de natureza racial e a “vendem” como se tratando de um direito, quando estas são, por natureza, contrárias e atentatórias ao sentido de justiça que fundamenta a dignidade da pessoa humana⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, págs. 609-610.

2 – As ações afirmativas baseadas na raça concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana?

“... eu acredito que as cotas raciais, como o próprio autor Thomas Sowell diz muito, acaba reforçando o racismo, porque o quê o governo está dizendo é que eu, por ter um pouco a mais de melanina na pele, sou mais incapaz do que você que tem menos melanina. Quer dizer, por ser negro, eu acabo me tornando um pouco mais burro e por isso eu preciso de uma ajuda, que são as cotas raciais. Eu não acredito nisso! Hoje, você tem sim, muitos negros pobres que estão na periferia, mas você também tem brancos e pardos. Todos eles são seres humanos e todos eles com as mesmas capacidades intelectuais... e todos eles submetidos à péssima qualidade de ensino. Então estão todos no mesmo nível e não há porque o negro pobre ser tratado diferente do branco pobre. Todos nós sofremos com a pobreza, com a fome, com a péssima qualidade de ensino e com a péssima qualidade da saúde pública. Então, o que há hoje no Brasil é um racismo institucionalizado. O caminho, na verdade, é enxergar essa miscigenação, a qual o Brasil tem; é conseguir enxergar as nossas capacidades enquanto ser humano e refletir... porque a partir dessa reflexão, vamos conseguir perceber que somos todos iguais, temos as mesmas capacidades e não precisamos de um privilégio ou de outro”⁴⁸⁶.

Feitas as necessárias considerações acerca das ações afirmativas, em especial daquelas baseadas no critério racial e dos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana e seu sentido de justiça que mais importam para o presente trabalho, chega-se, agora, no que se poderia denominar de o ponto mais importante: discernir se as ações afirmativas baseadas na “raça”, aplicadas no Brasil, concretizam o princípio da dignidade humana.

Como já visto, o sentido de justiça, que se projetou no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional na segunda metade do século XX, orientou-se para uma concepção intrinsecamente igualitária da dignidade na perspectiva de valorização da singularidade do indivíduo sobre o

⁴⁸⁶ Cf FERNANDO SILVA BISPO (FERNANDO HOLIDAY), em “Fernando Holiday argumenta contra as cotas raciais”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bNsDOgDGcDM>. Acesso em 27 de maio de 2019.

grupo como condição de garantia da possibilidade de cada um, como pessoa humana, poder prosperar em liberdade e autonomia⁴⁸⁷.

Ora bem, se a compreensão da dignidade humana tem como pressuposto o tratamento “igual” das pessoas, ou melhor, não apenas um tratamento equitativo, mas o direito a ser tratada como um igual (*as equal*)⁴⁸⁸, como indivíduo bastante e suficiente que é, capaz de prosperar como pessoa, a ideia imanente às cotas raciais de diferenciação baseada em critérios pessoais como a cor da pele é, por assim dizer, particularmente incongruente com a espinha dorsal deste princípio estrutural do Estado de Direito Democrático.

Isto porque, ao levar em consideração atributos pessoais ou condição absolutamente inerente ao indivíduo, inevitavelmente se enquadra em uma das situações-tipo em que é essencialmente afetado o estatuto da igual dignidade de cada pessoa, em que alguém se vê desrespeitado na sua igual condição humana, como não digna da mesma consideração e respeito.

É bem verdade que ao longo da história, como visto no capítulo da evolução das ações afirmativas nos Estados Unidos e, sobretudo, no Brasil, fora construída, ou “fabricada”, dentro das universidades, e disseminada por meio de processos de publicidade coletiva nos meios de comunicação, a ideia de que seria necessária a adoção de políticas públicas raciais tendentes a oferecer um equilíbrio de forças entre as “raças”, como meio necessário para se alcançar uma igualdade fática, já que os negros teriam sido objeto de práticas degradantes no passado e, por isso, no presente dependeriam da ajuda do Estado para progredir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op.cit.*, pág. 59.

⁴⁸⁸ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op.cit.*, pág.133.

⁴⁸⁹ Apesar da maioria da opinião pública ser favorável às cotas raciais, muitos negros perceberam que a desigualdade de tratamento proporcionada pelas cotas raciais desqualifica quem a sofre. É o que se pode ver nas palavras de Fernando Silva Bispo, conhecido por ‘Fernando Holiday’ ao asseverar que “...se todos esses ancestrais nossos acabaram se misturando ao longo do tempo, e vindo, nós, aqui, miscigenados, com as nossas diferenças que em nada tem haver com àqueles daquele tempo, mas que de uma certa forma lutaram pela sua própria liberdade e pela liberdade dos seus futuros filhos, netos, bisnetos e etc, e, ai depois de anos de luta pela liberdade, vem aqui pessoas dizer, como a própria Amanda disse, que essas pessoas não tem condições de alcançar o sucesso pelos seus próprios méritos, porque são incapazes, porque tem uma dívida de séculos atrás (...) que pobre não consegue subir na vida se não for cuidado pelo Estado, essa foi a maior da ofensas que eu já ouvi numa entrevista... isto é um absurdo! E infelizmente não é só a Amanda... infelizmente são outros tantos deputados, senadores, possivelmente intelectuais, atores, atrizes, cantores, e esse discurso é espalhado em rádios, Tvs, e eu fui obrigado a ouvir isso a minha vida inteira. E hoje eu combato esse discurso justamente porque eu vi, na prática, pessoas vencerem todas essas adversidades na vida, sem sequer uma única ajuda do Estado.” Cf FERNANDO SILVA BISPO (FERNANDO HOLIDAY), em

A ideia, contudo, ainda que sustentada por nomes de inigualável peso científico, como Ronald Dworkin, revela-se, ao que parece, incompatível com a tão buscada concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda que o contexto brasileiro ofereça razões próprias e suficientes para, no mínimo, acender um ponto de alerta sobre tais políticas, é importante perceber, à luz da atual concepção da dignidade humana⁴⁹⁰, que a adoção de políticas baseadas em raça, etnia, cor da pele, sexo ou qualquer outro elemento intrínseco ao indivíduo acaba por vulnerar o próprio alvo do programa a ser desenvolvido, porque impõe ao indivíduo a submissão a um critério que, a despeito de lhe conferir, à partida, um benefício ou uma vantagem, no fundo o desqualifica na medida em que, veladamente, o projeta como ser inferior e incapaz de progredir pelo próprio esforço, designadamente no caso da “raça”, simplesmente pela sua cor de pele.

É bem verdade, contudo, que é bem mais fácil identificar uma violação específica e direta da dignidade do ser humano quando a pessoa é publicamente, ou seja, ostensivamente humilhada, discriminada de forma estigmatizante, aviltante, tratada como inferior ou digna de menor consideração e respeito, sobretudo quando esse tratamento ancora-se simplesmente no que a pessoa é, pensa ou vive⁴⁹¹. Por outro lado, também não é menos verdade que a existência de uma suposta vantagem ou benefício para os negros através das cotas raciais ofusca uma ofensa e um estigma humilhante e não permite que a “diferenciação” ou ‘pesagem’ de dignidades com efeito desqualificador seja facilmente percebida.

Nesse sentido, embora a violação da dignidade seja mais facilmente perceptível em outras situações de discriminação intencional e objetivamente aviltantes em função do ser⁴⁹², levanta-se no presente trabalho um outro ponto de

“Fernando Holiday argumenta contra as cotas raciais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mYtLjNhAL70>. Acesso em 27 de maio de 2019.

⁴⁹⁰ Destaque-se, como adverte Paulo Otero, que “o Estado de direitos humanos não é, no entanto, um modelo terminado, fechado ou perfeito”, já que se encontra “sempre aberto a novas aquisições, formulações, conhecimentos e aprofundamentos da centralidade do estatuto jurídico-constitucional da pessoa humana viva e concreta e da sua inalienável dignidade. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra. 2007. Página 542.

⁴⁹¹ Nesse sentido, cf., JORGE REIS NOVAIS, *Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op.cit.*, pág.134.

⁴⁹² Nesta perspectiva, Jorge Reis Novais afirma que “... eventual violação da dignidade da pessoa humana neste domínio irrompe quando o tratamento desigualitário é especialmente desqualificador, no sentido de colocar decisiva e drasticamente em causa a imagem e o reconhecimento da pessoa como igual.” Cf. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *ob. cit.*, p.133.

vista, qual seja: quer para denegrir, quer para supostamente “beneficiar”, uma discriminação com base na “raça” ou cor de pele viola o princípio da dignidade humana, na perspectiva da igual dignidade, na medida em que, ainda que se proponha uma pretensa vantagem, revela, de forma inversa, a consideração do indivíduo como ser pretensamente inferior por aquilo que ele é, daí a necessidade do benefício compensatório.

É esta desconsideração velada, indireta, da plenitude do indivíduo, exclusivamente por conta de sua cor, que malfez a dignidade da pessoa humana na dimensão da igual dignidade, haja vista que o Estado, por pressão dos movimentos negros fundados no multiculturalismo e financiados sobretudo pela Fundação Ford, a pretexto de estabelecer um tratamento vantajoso para efetivar a equiparação e suposta promoção da igualdade efetiva, partiria de um entendimento reverso, preconcebido, que impreterivelmente desagua no sentido de que a população negra seria inferior aos demais que convivem na mesma situação⁴⁹³.

Com efeito, a premissa central das cotas raciais assenta-se na ideia de que negros (e índios), ainda que numa mesma história e condição de pobreza que brancos, não são capazes de ascender, por esforço próprio, para uma paridade dentro da sociedade e por isso necessitam do apoio do Estado para compensar sua incapacidade. Nessa perspectiva, as ações afirmativas raciais estão, a despeito da maior consideração, ou benefício, a tratar a pessoa (o negro) como ser inferior por aquilo que ela é.

Uma das maiores evidências desse tratamento humilhante é a previsão trazida pela Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, de subcotas “raciais” dentro das cotas para alunos egressos de escolas públicas (cotas sociais), em todas as instituições federais de ensino superior e técnico. Nesse sentido, se o problema a ser resolvido pelas cotas fosse um problema de desigualdade social, que liga negro à pobreza, então as cotas sociais seriam suficientes para resolver a questão e não seria necessária uma política para negros.

Com efeito, a criação de subcotas para negros dentro das cotas sociais faz parecer que o negro precisa de uma maior consideração simplesmente porque sua cor de pele evidencia ao público que ele precisa de uma ajuda para prosperar. A

⁴⁹³A violação da dignidade da pessoa humana é comumente abordada sob a perspectiva da ofensa direta e não da ofensa indireta.

maior consideração vem, assim, a tratar o indivíduo, indiretamente, como ser inferior por um atributo que lhe é intrinsecamente pessoal e imutável. Assim, não está o negro a ser tratado como um igual, mas como um ser inferior que necessita de ajuda para compensar sua incapacidade de ascender, por si só, para a paridade na sociedade.

Vê-se, portanto, que não só uma “menor consideração”, mas também uma “maior consideração” pode significar tratar a pessoa como ser inferior e conseqüentemente violar a sua igual dignidade humana, designadamente quando esta maior consideração é conferida para compensar uma suposta inferioridade. É possível, então, estar diante de uma violação da dignidade da pessoa humana não só quando o indivíduo é tratado como inferior através de uma “menor consideração”, mas também quando ele é tratado como inferior através de uma “maior consideração”.

Esta constatação, ainda que pareça óbvia ou mesmo ingênua, é de tal forma relevante que até mesmo as nomenclaturas utilizadas em várias latitudes para ações afirmativas trazem em si próprias o cerne da questão: há indiscutivelmente uma ‘discriminação’ baseada na raça.

Isto se revela tão mais evidente nas próprias expressões criadas ao redor do mundo para tentar justificar as medidas raciais, já que em vários lugares, e mesmo por diversos autores, são adotadas nomenclaturas que, à partida, já consideram que a ação, dita afirmativa, leva em consideração um critério de discriminação do indivíduo⁴⁹⁴. É assim com a chamada “discriminação positiva” dos Estado Unidos e também seguem da mesma forma as “discriminações compensatórias” adotadas por Dworkin.

Como se vê, a própria medida – e mesmo que se adote outra nomenclatura não será possível fugir do critério de diferenciação utilizado – parte de uma consideração discriminatória do indivíduo, em especial porque se utiliza

⁴⁹⁴ No tocante às diversas expressões utilizadas, deve-se destacar que tais políticas recebem diferentes nomenclaturas em diferentes sítios: “Ação Afirmativa” nos Estados Unidos; “Discriminação Positiva” no Reino Unido e na Índia; “Padronização” no Sri Lanka; “Reflexos de caráter nacional” na Nigéria; “Preferência aos “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, bem como em alguns estados da Índia. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 14. Ronald Dworkin chama de “discriminação compensatória”, trazendo uma ampla abordagem sobre as políticas de afirmação e o contexto social americano, apreciados em julgamentos da Suprema Corte Americana. Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 343 e segs.

unicamente da “cor da pele” para “separar” grupos de indivíduos que, à luz do pensamento estatal, deveriam ou dependeriam de uma “ajuda” específica.

Há, portanto, indiscutivelmente, uma ‘discriminação’ cujo fundamento é exclusivamente a “raça”. Tanto é assim que a maior consensualidade que existe em relação às ações afirmativas diz respeito a sua temporariedade. Com efeito, é consenso, entre defensores e opositores, que tais medidas devem ser “temporárias”, sob pena de se transformarem em privilégio e ato discriminatório, ferindo o próprio princípio que, teoricamente, elas pretendem concretizar⁴⁹⁵.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal destacou o caráter temporário da discriminação positiva, sob pena de se converterem em “benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo”, o que seria “incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos”⁴⁹⁶.

É claro que não se está tentando lançar sobre a nomenclatura a causa dos eventuais equívocos das ações afirmativas raciais. Contudo, a simples constatação – e não poderia ser diferente – de que as ações afirmativas raciais partem de um critério fundado exclusivamente na “raça” ou “cor da pele” lança um alerta inevitável neste tipo de medida discriminatória.

Isto porque, como explanado na parte I do trabalho – e daí a necessidade da análise história e a respectiva evolução das ações afirmativas nos três contextos estudados (Estados Unidos, Índia e Brasil), a acepção atual do princípio da dignidade da pessoa humana é fruto de uma mudança histórica nos pensamentos filosófico, político e jurídico dos últimos dois séculos, sendo que os

⁴⁹⁵ Vide nota n. 12. A própria Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, estabelece no artigo I, inciso 4 que “Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos”. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1965>. Acesso em 06 de junho de 2019.

⁴⁹⁶ Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente”. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215650&base=baseAcordaos>. Acesso em 02 de junho de 2019.

maiores alvos de combate, em face das discriminações sempre presentes nos diversos povos, era combater as segregações baseadas na raça, no sexo, na cor da pele, na etnia, na origem, etc.

Se a luta pelo reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana superou mais de um século, tomando-se, num processo de lenta evolução, como marco inicial as primeiras ideias de Kant, evoluindo para a positivação do princípio na Constituição da Irlanda na década de 30⁴⁹⁷, até a sua proclamação solene na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948⁴⁹⁸, juntamente com a Declaração da Unesco de 1950 de repúdio mundial ao racismo nazista⁴⁹⁹, quando então buscou-se superar toda discriminação baseada em critérios inerentes e intrínsecos ao indivíduo⁵⁰⁰, é de se observar que, já na segunda metade século XX, na década de 60, a sociedade retomava, guardada as devidas proporções, critérios discriminatórios baseados em circunstâncias já tão terrivelmente temidas por séculos na sociedade⁵⁰¹.

É claro que cada sociedade vive seu contexto, baseado nas circunstâncias presentes e experiências passadas. Contudo, retomar a diferenciação entre os indivíduos mediante o estabelecimento de raças diversas dentro da própria espécie humana é, ao que parece, contraditório, incoerente e incompatível com a própria defesa histórica do princípio da dignidade da pessoa, mesmo que, ao fim e

⁴⁹⁷ Desde 1937 que a Constituição da Irlanda acolheu, pioneiramente, em seu preâmbulo a ideia de dignidade associada à liberdade individual. Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op.cit.*, pág. 53.

⁴⁹⁸ O Artigo I desse importante documento histórico afirma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” O segundo artigo cita a palavra “raça” para afirmar que: “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” Disponível em [www.https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf](https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf). Acesso em: 24 de maio de 2019.

⁴⁹⁹ O texto da declaração intitulada “A questão da raça”, “escrito sobre o impacto brutal dos campos de morte” começa com uma lição que logo seria ignorada: “A importância que adquiriu o problema da raça no mundo moderno dificilmente precisa ser enfatizada. A humanidade não esquecerá tão cedo as injustiças e os crimes que conferiram trágicas ressonâncias à palavra ‘raça’.” Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 57.

⁵⁰⁰ Paulo Otero afirma que somente no século XX houve a dignificação de vários pontos determinantes na vida do indivíduo, realçando, dentre outros, “a proibição de discriminações em razão da raça,” e a “igualdade entre homem e mulher”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 573.

⁵⁰¹ Conforme destaca Demétrio Magnoli, “as políticas de preferências raciais disseminaram-se no pós-guerra, não muito depois da proclamação solene da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do repúdio ao racismo nazista. Cf., DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 15.

ao cabo, aponte-se na pretensa vantagem ou benefício a ser alcançado uma razão suficiente para tal desvalor⁵⁰².

Neste cenário, quando se busca validar benefícios ditos “compensatórios” para justificar procedimentos baseados em critérios “discriminatórios”, é de refletir se este jogo de interesses não estará sendo justificado pelo jargão popular transcontinental segundo o qual “os fins justificam os meios”, ainda que esses “fins” sejam incertos⁵⁰³.

Ainda que esta seja uma conclusão pouco simpática do ponto vista do pensamento social e da comunidade jurídica atual, já que toda uma construção foi lançada ao longo dos anos com o propósito de justificar os fins, parece razoável considerar que o sistema de cotas raciais firmado como ação afirmativa existe e se fundamenta exclusivamente no critério “cor da pele”, resultando numa verdadeira e inevitável segregação do indivíduo unicamente por algo que lhe é intrínseco e imutável: sua cor!

Diante deste cenário, repita-se, as vantagens que são apontadas, como eventuais benefícios no acesso a vagas universitárias e cargos públicos, são incapazes de justificar a violação da dignidade do indivíduo, o qual se vê segregado e diferenciado pelo Estado em razão de cor. Isto porque eventuais vantagens auferidas em decorrência da “discriminação positiva” são incapazes de suprir o déficit da igual dignidade do indivíduo causado pela inferiorização estabelecida com base unicamente no critério racial⁵⁰⁴.

⁵⁰² Frente ao risco de retrocesso da evolução da dignidade da pessoa humana, é importante ter mente a advertência de Paulo Otero quando esclarece que “a evolução da História pode bem ser interpretada, sem prejuízo da possibilidade de existirem retrocessos”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 542.

⁵⁰³ Sobre o resultado futuro a ser alcançado pela política de cotas raciais, Thomas Sowell esclarece que “qualquer um pode especular sobre o que acontecerá no futuro caso a ação afirmativa seja aprovada ou rejeitada. No entanto, não é possível ter certeza. O máximo que se pode saber é quais foram os resultados quando as políticas de ação afirmativa foram adotadas no passado, como é o caso de diversos países”. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.* pág. 09.

⁵⁰⁴ De forma oportuna, Jorge Reis Novais adverte para a violação à dignidade da pessoa humana através da estigmatização da “discriminação em função da raça”. Segundo o Autor, quando “o tratamento desigual vem acompanhado do referido efeito estigmatizante (por exemplo, discriminação em função da raça) será mais do que a mera violação à igualdade, uma vez que é também, e sobretudo, consideração de uma pessoa, por aquilo que é, como ser inferior, como não digna da mesma consideração, respeito e valorização dos interesses por parte das restantes pessoas e, logo, sendo esta discriminação, pela sua gravidade e natureza, também violação da dignidade da pessoa humana, deve ser primariamente tratada como tal”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Dignidade e Inconstitucionalidade, Vol. II, op. cit.*, pág. 134.

Ainda que se procure ancorar este modelo de ação afirmativa, baseada na raça, no princípio da igualdade⁵⁰⁵, ao argumento universal de que a igualdade significa “tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”⁵⁰⁶, vê-se que tal justificativa, embora comumente aceita, carrega em si um perigoso argumento sob dois aspectos, haja vista a consideração, à partida, que o ser humano é diferente em função de sua cor de pele⁵⁰⁷.

Assim, o fato é que este argumento afeta sensivelmente o campo da ciência jurídica, sendo violador da igual dignidade da pessoa humana, na medida em que se utiliza de característica ou atributo pessoal inerente ao indivíduo, especificamente a cor de pele, para estabelecer diferenciação entre os iguais seres humanos.

A questão é que num país onde negros e brancos sofrem, indistintamente, as mesmas agruras da pobreza, afirmar que o negro precisa de uma ajuda, ou favor, para entrar na universidade e progredir é infligir ao “negro” uma humilhação afirmando a sua incapacidade de ascender por esforço próprio. É tratá-lo, portanto, como inferior e não digno da mesma consideração por aquilo que ele é, simplesmente por sua cor de pele.

Com efeito, como afirma Carlos Blanco de Moraes, a criação de cotas raciais para entrada em universidades é um estigma humilhante para quem entra numa situação de favor⁵⁰⁸. Tal humilhação é ainda mais evidente através das cotas

⁵⁰⁵ Como assevera Carlos Blanco de Moraes, “as chamadas ações afirmativas (como as quotas para mulheres, para minorias raciais e inválidos) envolvem compensações duvidosas passíveis de gerarem outro tipo de desigualdades, algumas delas inaceitáveis. Por exemplo, a criação de quotas raciais para entrada em universidades, para além de serem um estigma humilhante para quem entra numa situação de favor, discrimina, sem fundamento racional, pessoas que independentemente da questão racial entrariam por possuírem um mérito superior.” Cf., CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, págs. 492-493.

⁵⁰⁶ Acerca do princípio da igualdade, cf., J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 426 e seguintes. Ver também, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *op. cit.*, pág. 485.

⁵⁰⁷ Ao abordar os riscos à dignidade da pessoa, Jorge Reis Novais destaca que “há violação directa da dignidade do ser humano” quando a discriminação do indivíduo se fundamenta simplesmente “no que a pessoa” é “ou como vive”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Dignidade da pessoa humana, Vol. II...op. cit.*, pág. 134.

⁵⁰⁸ Vide nota 495. Cf., CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, págs. 492-493.

raciais para os cursos de pós-graduação⁵⁰⁹ e para os concursos públicos⁵¹⁰, onde já não existe mais a alegada desigualdade de partida.

Por mais que isto possa transparecer uma aparente ação positiva do Estado, deve-se discernir que o alvo a ser alcançado com base na categorização do indivíduo além de partir da percepção inicial do indivíduo como representante de uma “raça”, pauta-se na premissa central⁵¹¹ que os membros desses grupos, designadamente, os “negros” são incapazes de subirem os degraus da escada socioeconômica sem a tutela, ou o favor, do Estado. Há uma nítida consideração de que os indivíduos que integram estes grupos são incapazes, e, portanto, inferiores àqueles que, em tese, seriam aptos o suficiente para agir de forma autônoma ou por esforço próprio.

A não discriminação em função da “raça” é uma das maiores lutas históricas do ser humano, sendo uma conquista da sociedade, sobretudo ocidental, o direito de todos serem tratados pelo Estado de forma igual, sem distinção de sexo, raça, etnia, origem, etc⁵¹². Pensar diverso, ao invés de promover uma suposta igualdade, através de uma vantagem ao indivíduo, acaba por inferiorizá-lo frente aos demais, rebaixando-o à uma suposta “categoria menor”, incapaz, segundo o Estado, de caminhar de forma autônoma e independente⁵¹³.

⁵⁰⁹ Cf., Portaria Normativa nº 13, de 11 de maio de 2016: “Dispõe sobre a indução de Ações Afirmativas na Pós-Graduação, e dá outras providências.” Disponível em <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/4/517>. Acesso em 05 de junho de 2019.

⁵¹⁰ Lei 12.990 de 09 de junho de 2014 Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁵¹¹ Cf., THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 229.

⁵¹² Como reconhece Paulo Otero, “todos os seres humanos tem a mesma dignidade, trate-se do homem mais poderoso da terra ou o mais miserável ou criminoso”, acrescentando, ainda, que “a natureza humana pressupõe uma regra de igualdade na dignidade de todos os homens”. Cf. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 553.

⁵¹³ Ainda que tratando do tema do ponto de vista de um tratamento humilhante conferido ao indivíduo, Jorge Reis Novais reforça que haverá violação da dignidade do ser humano quando a pessoa é “tratada como inferior ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Dignidade da pessoa humana*, Vol. II., *op. cit.*, pág. 134. Acerca desta reviravolta histórica, especificamente no contexto americano, Thomas Sowell esclarece que “a história dos negros nos EUA foi praticamente virada de cabeça para baixo pelos advogados da ação afirmativa”. Segundo o autor, a própria evidência empírica demonstra que a maioria dos negros conseguiu superar a pobreza pelo “esforço próprio na década que precedeu a revolução dos direitos civis dos anos 1960 e o início da ação afirmativa nos anos 1970”. Por tal razão, Thomas Sowell conclui que a “falsa interpretação política do que ocorreu”, a partir do “esquecimento” dos feitos pessoais e individuais dos negros, ao invés de promover o respeito aos negros pelas outras pessoas, acabou por

A inferiorização do homem, seja por sua cor, sexo ou qualquer outra característica intrínseca acaba por afetar sua condição de “igual” na sociedade, bem como sua autodeterminação, configurando, ao final, um grave prejuízo a sua individualidade, algo que não há como ser conciliável com a moderna compreensão da dignidade da pessoa humana⁵¹⁴.

Como se observa, a separação do indivíduo por sua cor de pele abstrai a individualidade do homem, alienando-a a um conceito de grupo próprio baseado exclusivamente por questões “raciais”, representado numa categoria fechada que não pode ser preenchido por qualquer pessoa. Isto, a despeito das justificativas apresentadas nas diversas latitudes, pode causar sérios riscos na pessoalidade do ser humano, na medida em que ele deixa de existir por si só, passando a justificar sua existência e valor em razão do grupo que integra, simplesmente pelos supostos e eventuais benefícios imediatos que possa vir a alcançar⁵¹⁵.

Esta constatação sai da esfera Estado x indivíduo para retomar a relação Estado x grupo, afetando sem qualquer justificativa razoável a individualidade do ser humano⁵¹⁶. Neste sentido, como adverte Paulo Otero, “na individualidade do homem reside o princípio da humanidade e alicerça-se a própria dignidade humana”⁵¹⁷. Este também é o pensamento de Carlos Blanco de Moraes, para quem o Estado, diante do valor da dignidade da pessoa humana, passa a atuar a serviço do próprio indivíduo⁵¹⁸.

difundir a ideia segundo a qual os negros “devem seu progresso à generosidade do governo. Cf. THOMAS SOWELL, *op. cit.*, pág. 246.

⁵¹⁴ Embora o processo evolutivo da sociedade gere uma certa tranquilidade no que tange aos avanços da compreensão da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero afirma que “nunca como hoje o perigo de novas e simuladas formas de ataque ao princípio da humanidade” se apresentaram tão “prementes e presentes”. Paulo Otero, *op. cit.*, pág. 543.

⁵¹⁵ Nas palavras de Paulo Otero, no “modelo de configuração da individualidade humana e do reconhecimento jurídico da sua ‘pessoalidade’, são os direitos que existem em função dos indivíduos e não os indivíduos que são reconhecidos como pessoas em função dos direitos que possuem”. PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 61.

⁵¹⁶ Como destaca Demétrio Magnoli, “raça é, precisamente, a reinvidicação de um gueto. O nome deste gueto é ancestralidade. A vida de um indivíduo que define o seu lugar no mundo em termos raciais está organizada pelos laços, reais ou fictícios que o conectam ao passado. Mas a modernidade foi inaugurada por uma perspectiva oposta, que se coagula nos direitos de cidadania. Os cidadãos são iguais perante a lei e tem o direito de inventar seu próprio futuro, à revelia de origens familiares ou relações de sangue. A política das raças é uma negação da modernidade”. Cf. DEMÉTRIO MAGNOLI, *op. cit.*, pág. 15.

⁵¹⁷ PAULO OTERO, *op. cit.*, pág. 484

⁵¹⁸ Cf., CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pág. 468.

Como se vê, as ações afirmativas baseadas na cor da pele vão de encontro à dignidade da pessoa humana designadamente porque o tratamento desigual vem acompanhado do efeito estigmatizante “discriminação em função da raça”, sobretudo porque considera a pessoa, a partir de um atributo que lhe é intrínseco e imutável, ou seja, por aquilo que ela é, indiretamente como ser inferior, como não digna da mesma consideração e respeito⁵¹⁹.

Ao que parece, portanto, é incabível, diante da dignidade da pessoa humana, a pretensa solução do tratamento desigual baseada na cor de pele, haja vista que tal critério não deve ser utilizado como diferenciação entre o ser humano. Ademais, não há diferença justificável e aceitável do ponto de vista moral e ético, nem mesmo cultural, sem falar do ponto de vista da ciência genética, de se conferir tratamento desigual ao homem por causa unicamente de sua cor de pele.

Desta forma, se a concretização da dignidade da pessoa humana, seguindo a perspectiva de que cada pessoa tem igual dignidade pelo simples fato de o ser, impõe que toda pessoa deve ter, como ressalta Jorge Reis Novais, “não apenas direito a um tratamento equitativo, mas, fundamentalmente, o direito de ser tratada como igual (as equal), o direito a beneficiar de uma igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade política (equal concern)”⁵²⁰, o sistema de cotas raciais, por todo o exposto, não concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante, infelizmente, continue a ser “vendido” como se tratando de um direito⁵²¹.

⁵¹⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op. cit.*, pág. 134.

⁵²⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, 2ª v..., *op. cit.*, pág.133.

⁵²¹ Conforme adverte Paulo Otero, “o progresso técnico dos meios de comunicação e o desenvolvimento de processos de publicidade colectiva, permitindo “fabricar” uma opinião pública favorável ao que por natureza é atentatório da inviolabilidade da vida humana ou da dignidade da pessoa humana, vieram tornar mais subtis ou encapuzados os instrumentos ou mecanismos de violação dos direitos humanos: na mais cândida e consolidada democracia política, a aparência de respeito pelos direitos pode esconder uma efetiva violação, tal como um atentado contra a vida ou a dignidade humanas pode ser “vendido” como se tratando de um direito. A história ensina que há sempre quem acredite e defenda o que a natureza diz ser indefensável à luz do respeito pela pessoa humana e a sua dignidade: o totalitarismo tem uma capacidade extraordinária de sobrevivência e de assumir as mais variadas metamorfoses. O Estado de direitos humanos está sempre sujeito, por conseguinte, a permanentes ameaças: nada se encontra definitivamente adquirido.” Cf., PAULO OTERO, *op. cit.*, págs. 609-610.

3. Desigualdade social brasileira como fenômeno que extrapola os limites das “raças”: necessidade de análise dos diversos contextos sociais na aplicação das ações afirmativas.

Não bastasse reconhecer nas políticas de cotas raciais um verdadeiro critério de discriminação racial insustentável diante da atual concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, é importante perceber, ainda, que o contexto brasileiro revela situação histórica e atual absolutamente diversa dos outros cenários para os quais as ditas ações afirmativas foram pensadas e, desde então tem sido executadas.

Neste sentido, como exposto na Parte I, sobretudo no campo evolutivo das ações afirmativas no Brasil, o cenário brasileiro é diverso de todos os demais, em especial da Índia, onde as políticas assim denominadas tiveram início, e nos Estados Unidos, de onde o Brasil acabou por copiar o sistema de cotas raciais.

É que, como já explanado, cada um desses países viveu contextos próprios, marcadamente discriminatórios, tanto com relação às castas sociais na Índia, quanto no tocante aos grupos raciais nos Estados Unidos. Naqueles dois países, haviam Leis autorizando a discriminação, algo que era regulado e executado pelo próprio Estado.

No caso do Brasil, contudo, ainda que tenha havido regime de escravidão de homens negros no curso da história, findando-se no século XIX, o certo é que após o início da República em 1889, o Ordenamento Brasileiro não estabeleceu qualquer discriminação racial entre “brancos” e “negros”. Aliás, além da ausência de qualquer ato normativo neste sentido, o Brasil, ainda que tenha experimentado situações preconceituosas nas relações sociais no curso dos anos, nunca atuou na separação entre homens e mulheres de diferentes cores.

Aliás, como destacou Gilberto Freire, ainda no início do século XX, é impossível falar no Brasil em país de cor “A” ou “B”, sendo um país absolutamente miscigenado⁵²². Este fenômeno da miscigenação é tão marcante no Brasil que é

⁵²² Neste sentido, ainda que se parta da observação de Vieira de Andrade, para quem a adoção das políticas visando a execução dos direitos fundamentais levam em consideração o indivíduo ou o grupo, o certo é que no Brasil a população não teria como ser dividida ou definida como puramente integrante de grupos preestabelecidos, haja vista a forte miscigenação que acompanha a sociedade como um todo desde a colonização, o que já somam mais de 05 (cinco) séculos. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pág. 34.

possível, na mesma família, para além de pais de cores diferentes, filhos também de cores diversas, não havendo como diferenciar objetivamente uns e outros sob a perspectiva de qualquer evolução de segregação.

Ora, se no Brasil República, sobretudo desde os finais do século XIX, sequer houve uma política de segregação racial patrocinada pelo Estado, a adoção de um modelo preconcebido e idealizado para um contexto com tais características, como era o caso dos Estados Unidos, perde totalmente a razão de existir.

Para além disso, como destacado no tópico anterior, as ações fundadas neste tipo de discriminação não só destoam do contexto brasileiro, como promovem uma segregação pós-moderna baseada na raça, fato que, como agora visto, também se mostra absolutamente infundada no contexto brasileiro.

Nestas condições, o tratamento dispensado a cada ser humano, seja branco, negro, mulato, índio ou qualquer outro, necessita de justificativa, a qual não pode ser resumida a um benefício ou a uma vantagem pontual, mas sim fundado num tratamento digno, que valorize a pessoa em sua essência, a despeito de, no caso em análise, sua “raça” ou ancestralidade.

É com essa ideia que as questões associadas às ações afirmativas precisam ser analisadas. Neste campo, diversamente do cenário político, não são suficientes os argumentos de igualdade ou vantagens pessoais⁵²³, haja vista que a dignidade da pessoa depende do respeito absoluto ao que a pessoa é, especialmente pelos aspectos que lhe são imutáveis como cor, etnia, origem, sexo, etc.

Nessa perspectiva, como ensina Jorge Reis Novais, tem-se que o Estado é instrumento que não existe para si, mas que deve servir às pessoas individualmente⁵²⁴, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas, como indivíduo singular, que tem o fim em si

⁵²³ Na atualidade, o sentido de dignidade traz a ideia, pacífica em nossas sociedades, de igual dignidade, o que é contrário a privilégios. É a ideia de que qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser pessoa, tem direito a igual dignidade por ser esta inerente à própria condição humana. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade, que está na Constituição, parte assim da ideia primordial de que todos tem essa igual dignidade.

⁵²⁴ Nesse sentido, ao abordar a dignidade da pessoa humana na esfera constitutiva da República Portuguesa, Canotilho afirma que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”. Cf. J.J. GOME CANOTILHO, *op. cit.* pág. 225.

mesmas, e não enquanto membro de qualquer corpo ou realidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a nação ou a “raça.”⁵²⁵

Neste contexto, para resguardar o valor da dignidade, a diferenciação poderia até ser baseada em questões externas ao indivíduo, estas sim amparadas no princípio da igualdade e preservadoras da igual dignidade, haja vista que nenhuma inferiorização intrínseca do homem estaria embasando a política estatal.

Assim, considerar diferenças em razão da riqueza/pobreza para proporcionar àqueles que nada tem meios de acesso à uma condição digna não afeta, em qualquer de suas frentes, a igual dignidade do homem. Da mesma forma, em países continentais como o Brasil, até mesmo diferenças regionais podem ser admissíveis do ponto de vista da dignidade.

O que está em discussão, e daí o risco iminente, é o critério justificador da medida, já que sua adoção baseada em condições, características ou atributos intrínsecos gera inevitavelmente uma inferiorização insustentável do ponto de vista da dignidade do homem.

A adoção de tais medidas, ainda, repita-se, que se busque justificativa nos supostos benefícios, atenta contra a dignidade na medida em que inferioriza as pessoas de cor, devendo o Estado, caso entenda ser necessário a adoção de um tratamento diferenciado, oferecer oportunidades aos que necessitam, adotando programas de inclusão que alcancem as pessoas sem que o critério agrupante ou diferenciador resida na “raça”, cor da pele, etnia ou qualquer outro elemento inerente à natureza da própria pessoa, ou seja, que se use um critério aberto, que possa ser preenchido por qualquer pessoa.

Este é um ponto delicado, cuja compreensão tem sido minimizada pelos aparentes benefícios que o citado “sistema de cotas raciais” proporciona à parcela da população beneficiada. Contudo, independente de qualquer vantagem, a qual, aliás, é incerta, já que as vagas são, tendencialmente, ocupadas pelos alunos negros que tem melhor escolaridade e, teoricamente, alcançariam êxito independente das cotas, o certo é que a política desenvolvida deixa de lado qualquer critério social, amplo e geral, associando à cor da pele uma necessidade de atenção que, ao fim e ao cabo, atenta contra à igual capacidade do indivíduo.

⁵²⁵ Nesse sentido, cf. Jorge Reis Novais, *Os princípios Constitucionais Estruturante da República Portuguesa. Op. cit.*, pág. 52.

Com efeito, se grande parte da população encontra-se com dificuldade de acesso ao sistema de educação superior, sendo este grupo formado por indivíduos de cores e origens diversas, tendo como elemento de identificação questões ligadas à pobreza, estabelecer mecanismos de acesso que assistam, de modo destacado, os negros, pelo simples fato da cor, atenta contra sua capacidade, individualidade e, acima de tudo, igual dignidade.

Como dito, os aparentes e não realizáveis objetivos acabam por afastar do debate jurídico o elemento mais importante da questão, ou seja, o fato de as pessoas estarem sendo classificadas pela cor, conferindo-se aos negros um reconhecimento, ainda que indireto, de sua incapacidade de alcançar de forma igualitária o acesso aos mesmos serviços que a população branca, na mesma condição social, alcançariam.

Ora, se negros e brancos, independente da proporção, formam um universo considerável de indivíduos que foram alijados das oportunidades sociais, o alcance de políticas destinadas exclusivamente aos negros, que vivem no mesmo contexto social do branco, tem como única razão de existir a cor da pele, o que, numa análise do Texto Constitucional, acaba por ser contrário aos objetivos do Estado Constitucional brasileiro, nos termos dos artigos 3º, IV⁵²⁶, já que promove diferenciação injustificável sob a perspectiva da cor da pele.

Nestas condições, ainda que o propósito seja a concretização da igualdade material, as medidas a serem efetivadas jamais podem por em causa critérios que se utilizam de elementos “raciais”, já que, em última análise, a adoção de tal mecanismo acaba por impor aos negros, no caso, um desvalor, uma incapacidade de alcançar seus espaços através de outras formas e medidas adequadamente promovidas pelo Estado, gerando, assim, violação à igual dignidade da pessoa humana.

É possível, sim, afirmar que no Brasil não há registros históricos a demonstrar que negros, pardos e índios não tiveram acesso ao ensino superior por causa da cor de sua pele. Por outro lado, é possível também afirmar, categoricamente, que o que impede o amplo acesso de negros, pardos e índios ao

⁵²⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ensino superior atinge igualmente grande parcela dos brancos: a deficiência na formação escolar anterior. Nesse contexto, não restam dúvidas que o branco pobre tem a mesma dificuldade de acesso à educação que um negro, um pardo ou um índio pobre. Isto não significa que não exista “racismo” ou segregação no Brasil, mas que ele é sobretudo de cunho socio-econômico e não “racial”.

Assim, se o que os coloca numa condição desigual de inferioridade, de exclusão e falta de acesso à universidade não é a “raça”, mas sim a condição econômica, por que se utilizar, então, de um critério de natureza “racial” como remédio e parte da solução de um problema de natureza econômica, que atinge branco, negros, pardos, índios e demais “raças” indistintamente?

CONCLUSÃO

"I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin but by the content of their character". Martin Luther King's Speech – 1963.

Feitas as devidas e necessárias ponderações durante a presente pesquisa, é oportuno tirar algumas conclusões ao final desta obra.

Nesta perspectiva, é de se considerar, inicialmente, que a discussão acerca das ações afirmativas, embora já perdurem por quase um século, ainda permanecem muito setorizadas, sendo notório que a discussão permanece, quase que invariavelmente, focando nos mesmos argumentos, ainda que o passar dos dias desafie uma nova e contemporânea compreensão dos fatos sociais.

Com esta visão, de certa forma surpreendente, pode-se perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido, talvez, o grande marco da sociedade atual, desenhando uma nova concepção filosófica-jurídico-política que desde o século XVIII modela a evolução do pensamento, alcançando, assim, contornos sociais que possivelmente jamais foram concebidos ou muito menos experimentados.

De fato, a breve análise da evolução do Estado demonstrou a relevância e influência que o princípio da dignidade da pessoa humana estabeleceu ao longo dos últimos dois séculos, redesenhando a relação Estado x Indivíduo, ao ponto de este, outrora renegado, agora figurar como o único e verdadeiro propósito do Estado.

Esta percepção justifica e ao mesmo tempo contempla as tentativas de o Estado alcançar da melhor forma a promoção existencial do indivíduo, buscando através de variadas e infinitas abordagens garantir ao indivíduo uma existência digna, dentro de uma sociedade justa.

Neste encadeamento de fatos e fatores, pode-se destacar que é nítida a relevância que as ações afirmativas tem alcançado neste período recente do

Estado, sendo que as políticas adotadas, ainda que eventualmente possam se apresentar equivocadas, revelam uma preocupação e um realinhamento do Estado neste novo cenário.

De qualquer sorte – e aqui representa o cerne da conclusão do presente trabalho, é possível perceber que certas medidas adotadas pelo Estado no conjunto das ações afirmativas, especificamente as cotas raciais, embora tenham alcançado grande prestígio e aceitação em diversas latitudes, tem gerado consequências jurídico-políticas perigosas, na medida em que, sob o pretexto de favorecer o indivíduo, acabam por inferiorizá-lo em sua individualidade.

De fato, após o confronto de diversos cenários, bem como a análise do contexto brasileiro e, sobretudo, da real aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se que a política de cotas raciais como ação afirmativa revela uma total afronta ao indivíduo, na medida em que estabelece como critério de diferenciação do indivíduo algo que lhe é indissociável e imutável: a cor da pele.

Em face desta circunstância inescapável - que por séculos foi alvo de uma luta contrária, na tentativa de abandonar qualquer diferenciação entre os seres humanos, sobretudo aquelas decorrentes de raça, cor, sexo, etnia, etc, vê-se que o investimento do Estado em um sistema que parte do pressuposto de uma diferenciação baseada exclusivamente na cor da pele configura verdadeira discriminação injustificável.

Tanto é assim que, a própria Corte Maior do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, reconhece que as políticas de ação afirmativa, fundadas na discriminação reversa, apenas serão legítimas se forem temporárias, pois caso contrário, tais políticas podem converter-se em “benesses permanentes”, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, o que seria “incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática”⁵²⁷.

Ademais, como abordado no trabalho, esta discriminação não pode ser desconsiderada, ou mesmo “compensada”, já que a estigmatização baseada na

⁵²⁷ Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente”. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215650&base=baseAcordaos>. Acesso em 02 de junho de 2019.

cor da pele ofende a igual dignidade do indivíduo, haja vista que, indiretamente, o Estado está a considerar que os indivíduos que integram aquele grupo de pessoas, formado e identificado, exclusivamente, pela cor da pele, são incapazes de alcançar o mesmo patamar dos demais por esforço próprio.

Ainda que este trabalho não seja uma pesquisa sociológica, atendo-se, sempre que possível, no discernimento do princípio da dignidade da pessoa humana em face do sistema de cotas raciais, é evidente que as repercussões sociais e individuais geradas por este tipo de ação afirmativa acabam por ser confrontadas, sendo de se observar que a compreensão de vários supostos “beneficiados” pelas medidas é absolutamente contrária à política de cotas.

Sem qualquer dúvida, como restou demonstrado na parte final do trabalho, a compreensão do sentido de justiça que justifica a dignidade da pessoa humana não autoriza a diferenciação de pessoas por critérios como a cor da pele, sob pena de retroagirmos, como sociedade, a épocas sombrias, nas quais grupos buscavam se sobrepôr aos outros baseados exclusivamente em critérios de superioridade decorrentes de etnia, raça, cor, sexo, etc.

Para além de caminhar em sentido contrário ao sentido de justiça que fundamenta o princípio da dignidade da pessoa humana, as cotas “raciais” atingem diretamente uma das dimensões normativas essenciais da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana: a dimensão da “igual dignidade”.⁵²⁸

É cediço que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre fundamento de toda ação do Estado, devendo este respeitar a igual dignidade e agir na garantia da humanidade e individualidade da pessoa, impedindo qualquer ação, sua ou de terceiro, que seja capaz de afrontar a garantia das condições mínimas da possibilidade de desenvolvimento das potencialidades próprias do indivíduo, independentemente de características intrínsecas e imutáveis do mesmo, como é o caso da cor da pele.

Para tanto, e por fim, pode, e deve, o Estado, diante das desigualdades presentes mesmo nas sociedades mais desenvolvidas, promover ações baseadas em critérios impessoais, abertos, que podem ser preenchidos por qualquer pessoa, sem qualquer conteúdo estigmatizante, como é o caso das ações afirmativas

⁵²⁸ Cf., JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, v. II, Dignidade e Inconstitucionalidade, *op. cit.*, pág. 97.

fundamentadas em critérios sociais⁵²⁹ ou regionais. Isto porque as diferenciações por ventura necessárias e feitas não se baseiam em elementos intrínsecos do indivíduo, mas em circunstâncias externas que podem afetar tanto uns quanto outros, independentemente da cor, do sexo, da etnia, da origem ou da raça.

Como enfatiza Sérgio Danilo Pena, “nesta época atual de conflitos de civilizações e recrudescimento de ódio étnico e racismo, precisamos esquecer as diferenças superficiais de cor entre os grupos continentais (vulgo “raça”) e por trás da enorme diversidade humana distinguir uma espécie única composta de indivíduos igualmente diferentes e irmãos. *Color est e pluribus unus.*”⁵³⁰

Assim, o sonho continua... o sonho de uma nação na qual ninguém seja julgado pela cor de sua pele...

⁵²⁹ Ressalte-se que Thomas Sowell também é contrário às cotas sociais. Cf. THOMAS SOWELL, Entrevista disponível no site: <https://www.youtube.com/watch?v=6yOG0UZsqGI>. Acesso em 31 de maio de 2019.

⁵³⁰ CF. SÉRGIO DANILO PENA, *A flor da pele, op. cit.*, pág. 59.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, George. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ADORNO, Sérgio; CARDIA, Nancy. “DAS ANÁLISES SOCIAIS AOS DIREITOS HUMANOS”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social* = The Ford Foundation’s 40 years in Brazil. A partnership for Social Change/ Nigel Brooke e Mary Witoshynsky (orgs). – São Paulo/ Rio de Janeiro: Editora da Universidade de São Paulo/ Fundação Ford, 2002.

ALEXANDRINO, José de Melo. *O Discurso dos Direitos*. 1ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2012.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2ª edição. Cascais. Princípia, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª ed., alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela *Suhrkamp Verlag* (2006), 2ª ed. – 3ª reimpressão, São Paulo, Malheiros, 2014.

BALICO, Vladimir. “A Discriminação Racial e a Efetividade dos Direitos Fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, 2ª edição – atualizada e ampliada - São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARAK, Aharon. *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. “Ação afirmativa” e os Princípios do Direito: A Questão da Cotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006.

BETHENCOURT, Francisco. *Racismos: Das cruzadas ao século XX*. 1ª edição. Lisboa, Temas e Debates – Círculo de Leitores, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. 2ª Tiragem. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4ª edição. Brasília. OAB Editora, 2002.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise*. Coimbra. Almedina, 2015.

BRUKE, Nigel. *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social* = The Ford Foundation's 40 years in Brazil. A partnership for Social Change/ Nigel Brooke e Mary Witoshynsky (orgs). – São Paulo/ Rio de Janeiro: Editora da Universidade de São Paulo/ Fundação Ford, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPOS, Maria Malta. “Da Formação de professores de ciências à reforma da educação”, in *Os 40 Anos da Fundação Ford no Brasil: Uma Parceria para a Mudança Social* = The Ford Foundation's 40 years in Brazil. A partnership for Social Change/ Nigel Brooke e Mary Witoshynsky (orgs). – São Paulo/ Rio de Janeiro: Editora da Universidade de São Paulo/ Fundação Ford, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. 17ª reimp. Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* / tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERES JÚNIOR, João. (Et. Al.). *Ação Afirmativa: conceito, história e debates*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.

FREIRE, Gilberto. *Casa Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*/Gilberto Freire; apresentação de Fernando Henrique Cardoso. – 51ª ed. Ver. – São Paulo: Global editora, 2006.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direitos Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo. Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 2ª reimpressão. Editora Martin Claret. São Paulo, 2011.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: PocketOuro, 2009.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Tradução de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2012.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Bill of Rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte. Del Rey, 2016.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª edição revista e atualizada. São Paulo. Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 6ª edição. Coimbra. Coimbra Editora, 2015.

_____. *Manual de direito constitucional. O Estado e os sistemas constitucionais.* Tomo I. 1. 10ª edção. ver. e actualiz. Coimbra. Coimbra editora, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, T. 2, 2º v., 1ª edição. Coimbra. Coimbra editora, 2014.

MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos.* 1ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil.* Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/5518184/nogueira-oracy-preconceito-racial-de-marca-e-preconceito-racial-de-origem>. Acesso em 02 de junho de 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana.v.1: Dignidade e Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana. – v. 2 v.: Dignidade e Inconstitucionalidade.* Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito.* Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático.* Coimbra, 2012.

_____. *Em defesa do Tribunal Constitucional.* Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *Os princípios Constitucionais Estruturante da República Portuguesa.* 1ª edição. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

_____. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.* 2ªed., revista e reformulada. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais.* 3ª reimpressão. Almedida. Coimbra, 2007.

PENA, Sérgio Danilo. *À flor da pele: reflexões de um geneticista.* Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2007.

PENA, Sérgio Danilo. *Humanidade Sem Raças?* São Paulo: Publifolha, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 8ª edição. Madrid. Tecnos, 2004.

PISCITELLI, Rui Magalhães. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ROLLA, Giancarlo. “El valor normativo del principio de la dignidade humana. Consideraciones em torno a las constituciones ibero-americanas”, in *Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional*. Vol. 6. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHAMBECK, Herbert, “Sobre la dignidade human en el derecho y la política in Austria”, in *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Juridicos y Constitucionales, 7, Madrid, 2013.

SKRENTNY, John David. *The ironies of affirmative action: Politics, culture, and justice in America*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais* / Thomas Sowell; tradução Joubert de Oliveira Brízida. 1. Ed. – São Paulo: É Realizações, 2016.

TORRES, Alberto. *O Problema Nacional Brasileiro*. Versão para eBook eBooksBrasil.com. Fonte Digital. Digitalização da 3a. edição, © 2002.

VENTURINI, Anna Carolina, *Ações Afirmativas ara Pós-Graduação: desenho e desafios da política pública*. Disponível em <https://anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/spg-4/spg27-1/11080-aco-es-afirmativas-para-pos-graduacao-desenho-e-desafios-da-politica-publica-1/file>. Acesso em 10 de maio de 2019.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História para o ensino médio: História Geral e do Brasil*. V. único. 1ª edição. 5ª reimp. São Paulo: Editora Scipione, 2002.

VIDEIRA, Susana Antas. *Liberalismo e Questão social em Portugal no Século XIX: Contributo para a História dos Direitos Sociais*. Lisboa. AAFDL Editora. 2016.

VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.